

**INHABILITETSREGLENE I DOMSTOLLOVEN
- MED SÆRLIG VEKT PÅ
INHABILITETSVURDERINGEN ETTER DL. § 108**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 692
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 17964 ord

Innholdsfortegnelse

1	DEL I: Innledning	1
1.1	Presentasjon av temaet	1
1.2	Fokus og problemstillinger	2
1.3	Begrepsavklaring og avgrensning	4
1.4	Metode og rettskildebruk	5
2	DEL II: Redegjørelse for rettsreglene	6
2.1	Oversikt over målsettinger og prinsipper for en rettferdig rettergang	6
2.2	EMKs krav til domstolsprosessen	7
2.3	Hensyn og mothensyn bak reglene om inhabilitet	7
2.3.1	Reelle hensyn	8
2.4	Oversikt over dl. §§ 106 og 108	10
2.4.1	Absolutte og relative inhabilitetsgrunner	10
2.4.2	Behovet for forutsigbarhet og fleksibilitet i regelverket	10
2.5	Domstoloven § 106	12
2.5.1	Begrepet ”dommer” i domstoloven	12
2.5.2	Kort om partsbegrepet	15
2.5.3	Ulike relasjonskategorier	16
2.6	Domstoloven § 108	26
2.6.1	”Særegne omstendigheter skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”	26
2.6.2	Vurderingstema	28
2.6.3	Momenter Høyesterett typisk legger vekt på i inhabilitetsvurderingen	29
2.6.4	Kasuistikk	30
2.6.5	Hvor legges terskelen?	42
2.6.6	Forholdet til forvaltningsloven § 6 annet ledd	43
2.7	Avledet inhabilitet – dl. § 109	44
2.7.1	Nærmere om vilkårene i dl. § 109	45
2.8	Fremgangsmåten ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet	46
2.8.1	Fremsettelse av inhabilitetsinnsigelse	46

2.8.2	Hvem avgjør spørsmålet om inhabilitet?	48
2.9	Virkninger av inhabilitet	51
3	DEL III: De lege ferenda-vurdering	51
3.1	Debatten rundt inhabilitet i Høyesterett	52
4	DEL IV: Kort oppsummering og konklusjon	57
4.1	Er dl. § 108 en god regel i dag?	57
5	Litteraturliste	59

1 DEL I: Innledning

1.1 Presentasjon av temaet

De fleste av oss går gjennom hele livet uten å ha hatt et forhold til domstolsapparatet. Men for dem som faktisk en gang må møte i retten, enten som tiltalte i en straffesak, eller for å ivareta sine sivilrettslige rettigheter og plikter, er det svært viktig at sentrale rettssikkerhetsgarantier blir ivaretatt. Det er også viktig med tanke på samfunnets tillit til domstolene som institusjon at man vet og kan se at disse garantiene blir oppfylt i praksis.

Rettssikkerhetsbegrepet har både en materiell og en prosessuell side. Til den *prosessuelle rettssikkerhet* hører blant annet inhabilitetsreglene.¹ Det er disse reglene, herunder § 108 i Lov om domstolene av 13. august Nr. 5 1915 (dl.), som er det sentrale temaet i denne oppgaven. De avgjørelsene domstolene treffer har ofte stor betydning for de involverte partene. Avgjørelsen av en sak for domstolene bør derfor være mest mulig rettferdig, noe som innebærer at man må stille krav til dommerens nøytralitet. Dommeren skal og bør opptre helt uavhengig av saken og partene.

Inhabilitetsreglene gjelder både i sivile saker og i straffesaker. Dersom man søker på ordet '*inhabilitet*' på lovdatas nettsider, får man opp hele 630 Høyesterettsavgjørelser, 711 avgjørelser fra lagmannsrettene og 72 avgjørelser fra tingrettene.² Disse tallene er en indikasjon på at inhabilitetsspørsmålet ofte kommer opp til vurdering i norsk rett. Spørsmålet om inhabilitet kommer også opp til offentlig debatt i media. Debatten rundt

¹ Gisle m.fl. (2003) s. 247

² <http://www.lovdata.no> (inkludert Høyesteretts ankeutvalg)

inhabilitet i Høyesterett i forbindelse med ”tomtefestesakene” fra 2007, der hele 11 av 19 dommere måtte vike sete, er et eksempel på dette.³

Domstolloven er i skrivende stund snart 100 år gammel. Før den tid fantes det ingen generelle inhabilitetsregler for dommere på sivilprosessens område, så vedtakelsen innebar at vi fikk felles inhabilitetsregler for sivil- og straffeprosessen i norsk rett.⁴ Dl. § 108 er derfor en gammel regel som har gjennomgått få endringer siden 1915. Av den grunn vil rettspraksis av eldre dato også ha betydning for tolkningen av dl. § 108.

Temaet inhabilitet er interessant fordi Høyesterett de siste årene har måttet ta stilling til omfattende inhabilitetsinnsigelser i saker av prinsipiell betydning. Disse avgjørelsene har bidratt til at temaet fortsatt har aktualitet i dag. I den forbindelse har det blitt sett med kritisk blikk på om det at regjeringen oppnevner settedommere som erstatning for inhabile dommere i Høyesterett egentlig styrker tilliten til domstolene. Videre er det interessant å se hvilken betydning og påvirkning praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har på norsk rett i denne sammenhengen.

1.2 Fokus og problemstillinger

Temaet i oppgaven er ”Inhabilitetsreglene i domstolloven – med særlig vekt på inhabilitetsvurderingen etter dl. § 108.” Reglene står i domstolloven kapittel 6 om ugildhet. Inhabilitetsregelen i Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvl.) § 6 vil bli behandlet i den grad den er egnet til å kaste lys over tolkningen av inhabilitetsreglene i domstolloven.

³ Se nærmere redegjørelse av kjennelsen og debatten nedenfor

⁴ Torgersen (2004) s. 22

Del to er hoveddelen i oppgaven. I denne delen gis det en redegjørelse for inhabilitetsreglene, der hovedvekten blir lagt på en tolkning av dl. § 108. Ettersom dl. § 108 er en skjønnsmessig regel, vil jeg vise til relevant praksis fra Høyesterett for å illustrere hvilke momenter Høyesterett legger vekt på i sin vurdering. I den forbindelse ønsker jeg å finne ut av hvor høyt eller lavt terskelen for å konstatere inhabilitet ligger, og om inhabilitetsreglene er viktigere i straffeprosessen enn i sivilprosessen.

Norge har gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 16. april Nr. 19 1999 (mrl.) forpliktet seg til å overholde menneskerettighetene. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) skal gjelde som norsk lov, jfr. mrl. § 2. EMK skal, ved motstrid med norske rettsregler, gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jfr. mrl. § 3. En del av problemstillingen i oppgaven er derfor å undersøke hvilken betydning avgjørelser avsagt av EMD har hatt for praktiseringen av dl. § 108.

Del tre er en de lege ferenda-vurdering. I denne delen skal jeg redegjøre for de ulike problemene som kan oppstå ved praktiseringen av inhabilitetsregelen i dl. § 108, samt vise til alternative løsninger fremstilt i teorien. Aktuelt i denne forbindelse er debatten om inhabilitet i Høyesterett som oppstod i etterkant av ”tomtefestesakene” av 2007 og ”ankesilingssakene” av 2008.⁵

Til slutt vil jeg, i del fire, komme med en kort oppsummering og konklusjon, og i den forbindelse vurdere hvorvidt dl. § 108 er en god regel i dag.

⁵ Se nærmere redegjørelse av dommene senere i oppgaven.

1.3 Begrepsavklaring og avgrensning

Begrepet 'inhabilitet' kommer av det latinske ordet *inhabilis*, som betyr ubekvem, upassende eller udugelig.⁶ Domstollovens inhabilitetsregler står i lovens kapittel 6 som har tittelen "*ugildhet*". Det er dette uttrykket som blir brukt i loven og er en "*betegnelse på situasjon hvor noen har en slik tilknytning til et saksforhold eller sakens parter at vedkommende av den grunn ansees som uskikket til å medvirke ved en vurdering eller avgjørelse.*"⁷ Selv om definisjonen her bruker betegnelser som "saksforhold" og "sakens parter" er spørsmålet om inhabilitet ikke utelukkende en problemstilling i jussen, men derimot et spørsmål som går igjen i flere ulike sammenhenger. De fleste av oss vil derfor være kjent med begrepet for eksempel i forbindelse med politikk, på arbeidsplassen, i idretten eller i selskapsrettslig sammenheng. På generelt grunnlag kan man si at det avgjørende er, slik denne definisjonen gir uttrykk for, at en som skal forberede en sak eller medvirke ved en vurdering eller avgjørelse ikke må være inhabil.

Et uttrykk som ofte blir brukt i rettspraksis og teori er 'inhabilisering'.⁸ Begrepet er på mange måter selvforklarende og fremgår ofte av sammenhengen i rettsavgjørelsene. I Rt. 1998 s. 986 som avgjorde spørsmålet om en konstituert førstelagmann på grunn av midlertidig, men tidsbestemt ledighet, var inhabil som dommer i Høyesterett der Justisdepartementet var part, uttales det at "*muligheten for at han vil søke et embete i Høyesterett kan ikke være inhabiliserende.*"⁹ I teorien legges det imidlertid til grunn at begrepet har to betydninger. For det første brukes det om den omstendigheten som gjør dommeren inhabil, for det andre der det skapes en inhabilitetsgrunn for å gjøre dommeren inhabil.¹⁰

⁶ Gisle m.fl. (2003) s. 133

⁷ Gisle m.fl. (2003) s. 133

⁸ Rt. 2004 s. 1632, Rt. 2001 s. 890

⁹ Rt. 1998 s. 986 på s. 987-988

¹⁰ Torgersen (2004) s. 21

Vi har flere bestemmelser om inhabilitet i norsk rett. Som nevnt, har forvaltningsloven en regel om inhabilitet i § 6. Kommuneloven av 25. september nr. 107 1992 (kompl.) har regler om inhabilitet i lovens § 40. I tillegg har Lov om aksjeselskaper av 13. juni Nr. 44 1997 (asl.) § 6-27 en bestemmelse om inhabilitet hos styremedlemmer og daglig leder. Også i voldgiftsretten stilles det krav til at dommerne skal være upartiske og uavhengige av partene, jfr. Lov om voldgift av 14. mai Nr. 25 2004 (vogl.) § 13. Spørsmålet om inhabilitet er derfor ikke utelukkende en problemstilling for de alminnelige domstolene, men derimot et spørsmål som kommer opp i flere ulike sammenhenger i norsk rett. Det avgrenses imidlertid i denne oppgaven mot bestemmelser om inhabilitet i andre lover, med unntak av fvl. § 6. Denne bestemmelsen vil bli behandlet i den grad den er egnet til å kaste lys over forståelsen av dl. §§ 106 og 108, slik jeg nevnte innledningsvis.

Inhabilitetsreglene i dl. §§ 106 og 108 omfatter både *dommere* og *lagrettemedlemmer*, men jeg har i denne oppgaven avgrenset slik at jeg kun behandler inhabilitetsvurderingen i forhold til dommere.

I teori og praksis brukes begrepene *inhabilitetsspørsmålet* og *habilitetsspørsmålet* om hverandre. Jeg nevner derfor, for ordens skyld, at jeg konsekvent kommer til å bruke begrepet *inhabilitetsspørsmålet* i denne oppgaven. Andre begreper vil bli forklart underveis.

1.4 Metode og rettskildebruk

Ordlyden vil, som ellers i den juridiske metode, være det klare utgangspunkt ved tolkningen av inhabilitetsreglene. Forarbeidene til domstolloven er gamle, ikke spesielt tilgjengelige og gir liten veiledning. De vil derfor ikke ha like stor vekt i denne sammenhengen. Ot.prp. nr. 1 (1910) vil imidlertid være relevant for fastleggelsen av

innholdet i dl. § 106. Som følge av mangelen på støtte i forarbeidene, anser jeg derfor kommentarutgaven til domstoloven for å være relevant. Kommentarutgaven inneholder noen referanser fra de gamle forarbeidene, og har flere ganger blitt henvist til i rettspraksis.¹¹ Det vil bli lagt vekt på formålstolkning, rettspraksis og reelle hensyn. I vurderingen av EMDs betydning som rettskildefaktor, vil også noe praksis derfra være relevant.

2 DEL II: Redegjørelse for rettsreglene

2.1 Oversikt over målsettinger og prinsipper for en rettferdig rettergang

Domstolene treffer rettslige avgjørelser som er av stor betydning for de involverte partene, og det er derfor svært viktig at visse grunnleggende krav og grunnprinsipper for en rettferdig rettergang overholdes.

Kravene til en god prosessordning formuleres gjerne slik at prosessen skal sikre materielt riktige avgjørelser, at den skal være tillitsvekkende og at den skal være hurtig og billig.¹² I et demokratisk samfunn er det viktig at folk flest har tillit til at de avgjørelsene domstolene treffer er riktige. Det må derfor blant annet stilles krav til saklighet og objektivitet hos dommere. Videre er det ønskelig at prosessen ikke skal bli for dyr eller være for tidkrevende. En for dyr prosess medfører, særlig i sivile saker, at ikke alle har samme mulighet til å benytte seg av domstolsapparatet. Det kan i tillegg være en belastning dersom det tar for lang tid før en avgjørelse i saken foreligger.

¹¹ Eks. Rt. 2009 s. 732, Rt. 2008 s. 129, Rt. 2002 s. 1548

¹² Hov (2007) s. 113

2.2 EMKs krav til domstolsprosessen

Norge har i følge Grunnloven (grl.) § 110c forpliktet seg til å respektere og sikre menneskerettighetene. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) er gjort til norsk rett gjennom vedtagelsen av Menneskerettighetsloven av 21. mai Nr. 30 1999 (mrl.)¹³ Dette innebærer at også EMK stiller flere krav til norsk rettergang.

Prinsippet om "*fair trial*" kommer til uttrykk i EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr 1. Brudd på EMK art. 6 nr. 1 påberopes meget ofte i saker for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i Strasbourg. I prinsippet om "*fair trial*" ligger et meget vidt spekter av rettigheter som anses å være helt grunnleggende for en rettferdig gjennomføring av både sivile saker og straffesaker. Også etter EMK har man blant annet rett til å bli stilt overfor en *uavhengig* og *upartisk* domstol. Når kravet på en upartisk domstol er gjort til en menneskerett, er det en indikasjon på at vi her står overfor en viktig rettssikkerhetsgaranti. Denne retten kan være krenket dersom en inhabil dommer deltar ved pådømmelsen.¹⁴

2.3 Hensyn og mothensyn bak reglene om inhabilitet

Jeg ønsker i dette avsnittet å gi en oversikt over de viktigste hensyn og mothensyn som ligger til grunn for inhabilitetsreglene. Hensynene og mothensynene får betydning ved avgjørelsen av hvor strengt dl. § 108 bør praktiseres i det aktuelle tilfellet.

¹³ Mrl. § 2

¹⁴ Bårdsen (LoR 2000) s. 210

2.3.1 Reelle hensyn

Som jeg nevnte, er det en viktig målsetting i prosessen å sikre at avgjørelsene blir korrekte, og at det er nødvendig at samfunnet har tillit til domstolene som institusjon. For å kunne ivareta disse hensynene, må det blant annet stilles krav til saklighet og objektivitet hos dommere.

Flere og viktige reelle hensyn ligger til grunn for inhabilitetsreglene. Det skilles hovedsaklig mellom tre forskjellige hensyn: for det første skal man sikre at rettsavgjørelser blir truffet av *upartiske dommere*, for det andre skal inhabilitetsreglene bidra til å *skape tillit til domstolene*, og for det tredje skal dommere slippe å treffe avgjørelser der de selv *anser seg som partiske* eller frykter at samfunnet vil oppfatte dem som det.¹⁵ Formålet med inhabilitetsreglene er derfor ikke bare å skulle beskytte partene i saken mot at dommerne er partiske, men også hensynet til dommeren som skal treffe avgjørelsen og samfunnet for øvrig blir ivaretatt av inhabilitetsreglene. Det er altså ikke kritikkverdig å være inhabil, men det kan være kritikkverdig å ikke overholde reglene om inhabilitet. Dommeren har derfor ikke bare en plikt, men også en rett til å fratre som dommer i saker, der han er tilknyttet enten saken eller noen av partene.

At partene er beskyttet av inhabilitetsreglene er en selvfølge, fordi det er de som har størst interesse i utfallet av den konkrete sak, enten det er en sivil sak eller en straffesak. Det kan være vanskelig å slå seg til ro med at dommeren har tatt en riktig og rettferdig avgjørelse dersom man vet at dommeren er inhabil. Sett med dommerens øyne kan tvilen rundt egen habilitet virke svært ubehagelig. Dersom dommeren faktisk har en eller annen tilknytning til partene eller saken kan det føre til at dommeren enten favoriserer ”sin venn” eller behandler den andre parten mildere i frykt for å virke partisk.

Reglene om inhabilitet må i tillegg anses som helt nødvendige for å opprettholde respekten for domstolsapparatet som institusjon i samfunnet. Domstolene treffer viktige avgjørelser

¹⁵ Skoghøy (2001) s. 103-104

som er av betydning for svært mange. I en avgjørelse fra EMD, *de Cubber v. Belgium*, hvor EMD kom til at det forelå brudd på kravet til en upartisk domstol etter EMK art. 6 nr. 1, ble det fremhevet at "*Justice must not only be done: it must also be seen to be done.*"¹⁶ Med dette ordtaket signaliserer EMD viktigheten av at inhabilitetsreglene blir praktisert på en måte som sikrer at tilliten til domstolene blir ivaretatt.

Også viktige mothensyn gjør seg gjeldende ved praktiseringen av inhabilitetsreglene. For det første kan en for streng praktisering av dl. § 108 føre til at *saksavviklingen blir komplisert*, for det andre at *prosessen blir dyrere* og for det tredje at *saksbehandlingen tar lenger tid*.¹⁷ Dersom en eller flere av dommerne er inhabile, kan dette føre til at saken må utsettes, man må skaffe ny dommer og eventuelt overføre saken til en ny rettskrets. Slike endringer kan være både tidkrevende og fordyre prosessen betraktelig for partene.

Mothensynene gjør seg særlig gjeldende i små rettskretser og i Høyesterett, fordi det her kan være vanskelig å finne nye dommere.¹⁸ Høyesterettsdommerne tilhører den "juridiske elite", så å skifte ut dommere der er ikke helt ubetenkelig. Inhabilitet kan imidlertid også være et betydelig praktisk problem i større rettskretser, dersom inhabilitetsinnsigelsen blir fremsatt sent, for eksempel under hovedforhandlingen.

Et siste hensyn er *behovet for klarhet omkring rettens sammensetning*, noe som innebærer at inhabilitetsspørsmålet etter dl. § 108 bør knytte seg til presise, ytre og notorisk forhold, på tross av at den er en skjønnsmessig regel.¹⁹ Slik kan man for eksempel lettere hindre at saken fordeles til en inhabil dommer, og avverge at det først ved hovedforhandlingens begynnelse reises inhabilitetsinnsigelse.²⁰

¹⁶ Case of de Cubber vs. Belgium 1984 9186/80, avsnitt nr. 31

¹⁷ Bårdsen (LoR 2000) s. 210

¹⁸ Torgersen (2004) s. 28

¹⁹ Bårdsen (LoR 2000) s. 216

²⁰ Bårdsen (LoR 2000) s. 216

2.4 Oversikt over dl. §§ 106 og 108

Jeg skal i denne delen gi en kort oversikt over dl. §§ 106 og 108 og forholdet mellom de to inhabilitetsreglene.

2.4.1 Absolutte og relative inhabilitetsgrunner

Domstollovens inhabilitetsregler deles gjerne inn i *absolutte* og *relative* inhabilitetsgrunner.²¹ De absolutte inhabilitetsgrunnene fremgår av dl. § 106, mens de relative inhabilitetsgrunnene fremgår ved en tolkning av dl. § 108. Det som skiller den relative inhabilitet fra den absolutte, er at spørsmålet må vurderes ut i fra et skjønn i motsetning til formelle kriterier.²² Etter dl. § 106 er for eksempel dommerens slektskap med en av partene en inhabilitetsgrunn. Det kreves ingen nærmere vurdering av hvorvidt slektskapet er egnet til å svekke tilliten til dommerens upartiskhet. Dommeren blir automatisk inhabil og må fratre behandlingen av saken. Etter dl. § 108 må det for det første foreligge en "*særegen omstendighet*" og i tillegg vurderes nærmere om denne omstendigheten er "*skikket til å svekke tilliten til hans upartiskhet.*" Vurderingen her beror på et skjønn. Nærmere om innholdet i disse begrepene kommer jeg tilbake til senere i oppgaven.

2.4.2 Behovet for forutsigbarhet og fleksibilitet i regelverket

Dl. § 106 er en skarpt avgrenset regel. Den inneholder klart definerte relasjonskategorier, som enkelt kan leses ut av ordlyden i lovteksten. Det er en fordel at man i noen situasjoner har klare regler å forholde seg til fordi det gjør det lettere å forutberegne sin rettsstilling, både for dommeren selv og partene. Lovgiver har bestemt at visse relasjoner er så nære, at

²¹ Skoghøy (2001) s. 102

²² Bårdsen (LoR 2000) s. 209

det ikke er grunn til å foreta en nærmere vurdering av om dommeren bør vike sete eller ikke. Man kan si at dl. § 106 inneholder de mest opplagte inhabilitetsgrunnene. Det er for eksempel en selvfølge at en dommer ikke kan avgjøre en sak der den ene parten er et selskap hvor han er styremedlem.

Dl. § 108 er til forskjell fra dl. § 106 en mer fleksibel og generell regel. Uttrykket "*andre særegne omstendigheter*" lest i sammenheng med dl. § 106 kan tolkes slik at det siktes til andre omstendigheter enn de som allerede er listet opp der. Dl. § 108 er altså en nødvendig regel, etter som lovgiver ikke har mulighet til å forutse alle omstendigheter som kan føre til inhabilitet. Det er ikke mulig å gi absolutte regler som dekker alle inhabilitetssituasjoner. En gjennomgang av rettspraksis rundt dl. § 108 viser at det finnes uttallige omstendigheter som anføres som mulige inhabilitetsgrunner. Selv om dommeren går klar av dl. § 106, kan det være at den "*særegne omstendigheten*" likevel gjør han inhabil. Hensynene bak inhabilitetsreglene tilsier derfor at det er behov for en regel som dl. § 108.

I teorien har det blitt argumentert for at dl. § 106 kan tolkes antitetisk, slik at for eksempel de slektskapsforholdene som ikke rammes av dl. § 106 heller ikke rammes av dl. § 108, med mindre det foreligger "*særegne omstendigheter*" i tillegg.²³ Denne oppfatningen har imidlertid ikke noen særlig støtte i rettspraksis. Et eksempel er Rt. 1964 s. 813 der forlovelse som falt utenfor inhabilitetsregelen i dl. § 106 nr. 7 førte til inhabilitet etter dl. § 108. Samme oppfatning blir lagt til grunn i Rt. 2008 s. 129 der Høyesterett legger til grunn at selv om inhabilitet er utelukket etter dl. § 106 skal spørsmålet løses etter den generelle regelen i dl. § 108.²⁴ En slik oppfatning innebærer at grensetilfellene som faller utenfor dl. § 106 kan bedømmes etter dl. § 108.

²³ Bøhn (2000) s. 287

²⁴ Rt. 2008 s. 129 avsnitt 27

2.5 Domstolloven § 106

Dl. § 106 er den første inhabilitetsregelen i domstolloven kapittel 6. Ordlyden er klar og byr på liten tolkningstvil. Skoghøy gir en veldig treffende beskrivelse av dl. § 106 når han omtaler den som *”skarp i kantene”* og som en bestemmelse som *”ikke gir særlig spillerom for skjønn.”*²⁵ Det som må vurderes etter dl. § 106 er om dommeren tilhører en av de nevnte relasjonskategorier. Hvis så er tilfelle, fører dette til at dommeren automatisk blir inhabil. Kort fortalt kan man si at inhabilitet etter dl. § 106 foreligger når dommeren enten selv er part i saken, når han har hatt befatning med saken tidligere, eller har en eller annen form for nærmere opplistet relasjon til noen av partene i saken. Relasjonen kan være så nær som at dommeren for eksempel er bestefaren til fornærmede i en straffesak (dl. § 106 nr. 2), eller mer perifer som for eksempel at dommeren er forlovet med en av partenes prosessfullmektiger (dl. § 106 nr. 7). Lovgiver har bestemt at det er relasjonene i seg selv som danner grunnlaget for inhabilitet etter dl. § 106.

2.5.1 Begrepet ”dommer” i domstolloven

Dommerbegrepet er hyppig brukt i domstolloven og krever derfor en nærmere redegjørelse. Herunder må det fastlegges *hvilke dommere* inhabilitetsreglene gjelder for og *hvilke embetshandlinger* inhabilitetsreglene kommer til anvendelse på.

Som et utgangspunkt inneholder dl. § 52 en definisjon av dommerbegrepet. ’Dommer’ blir her definert som *”alle de medlemmer av en domstol, som kan træffe eller være med i dømmende avgjørelser, baade de som er fast ansat, og de som bare gjør tjeneste for en liten tid eller i en enkelt sak. Som dommere regnes også medlemmer av forliksrådet.”*

Denne definisjonen favner vidt og innebærer at det ikke bare er de fast ansatte embetsdommerne som omfattes av bestemmelsen, men også dommerfullmektiger,

²⁵ Skoghøy (2001) s. 103

konstituerte dommere, meddommere og sakkyndige dommere.²⁶ At også andre enn fast ansatte embetsdommere omfattes av inhabilitetsreglene, må anses som en naturlig følge av de hensynene reglene er ment å skulle ivareta. Sett med partenes, dommerens og allmennhetens øyne er det ikke mindre kritikkverdig at en dommerfullmektig eller meddommer kan være inhabil. Særlige inhabilitetsspørsmål kan oppstå i forhold til konstituerte dommere og dommerfullmektiger. Nedenfor skal jeg derfor kort belyse hovedproblemene forbundet med slike stillinger i domstolene.

Kravet til uavhengige dommere er sikret gjennom grl. § 22 ved at dommere skal være uavsettelige, og etter EMK art. 6 nr. 1 som stiller krav til en *"independent tribunal"*. Et slikt krav innebærer at domstolene skal være uavhengige i forhold til de øvrige statsmaktene, og at dommerne ikke skal kunne fjernes mot sin vilje. Vern mot oppsigelse er et viktig virkemiddel for å sikre dommeres uavhengighet.²⁷ I forarbeidene til lov om endringer av domstoloven sies det at:

*“Domstolenes uavhengighet er en uomtvistet del av vår statsforfatning. Med uavhengighet forstås i denne sammenheng frihet fra eller vern mot påvirkning, først og fremst fra de andre statsmaktene.”*²⁸

Konstituerte dommere er ikke fast ansatte dommere, men bare ansatt på midlertidig basis. Det er den utøvende makt som avgjør utnevning og forlengelse av slik konstitusjon.²⁹ I følge dl. § 55h (tilføyd i 2001) er også midlertidige dommeres uavhengighet nå sikret, ved at de ikke kan sies opp eller forflyttes mot sin vilje i den perioden de er konstituert for.

²⁶ Skoghøy (2001) s. 99

²⁷ Torgersen (2004) s. 38

²⁸ Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) 1.4

²⁹ Torgersen (2004) s. 37

Når konstitusjonstiden utløper har imidlertid ikke konstituerte dommere noe særlig stillingsvern.³⁰ Dommeren må søke på vanlig måte dersom han ønsker å forlenge sitt engasjement eller senere ønsker å bli engasjert som dommer, noe som gjør at det kan stilles spørsmålstegn ved om han er tilstrekkelig uavhengig av staten.³¹ Et eksempel er Rt. 1997 s. 1987. Den konstituerte dommeren ble i denne saken erklært inhabil etter dl. § 108 til å behandle en militærnektersak der Justisdepartementet var part. Begrunnelsen var at dommeren hadde søkt på en rekke dommerembeter i perioden som konstituert høyesterettsdommer, og at det derfor var tydelig at han var interessert i en dommerkarriere. Høyesterett la vekt på at når Justisdepartementet er part i saken, og også foretar innstillingen av nye dommere, var dette egnet til å svekke tilliten til dommerens upartiskhet. Publikum kunne få inntrykk av at han i frykt for ikke å bli utnevnt som dommer eller få konstitusjonstiden forlenget, ville dømme i statens favør.

I forhold til dommerfullmektiger kan det også stilles særlige inhabilitetsspørsmål. Som følge av dommeres veilednings- og tilsynsplikt overfor dommerfullmektiger, fører dette til at dommerfullmektiger letter blir inhabile etter dl. § 108 enn andre fagdommere, på grunn av det avhengighetsforhold som da oppstår.³²

Inhabilitetsreglene angir ikke noe nærmere om hvilke embetshandlinger som omfattes. Det følger for eksempel av ordlyden i dl. § 106 at *"ingen kan være dommer [i saken]."* Hovedregelen er at en inhabil dommer ikke kan forberede saken eller ta avgjørelser i saken.³³ Det ser ut til at inhabilitetsreglene er strenge her. I Rt. 1995 s. 1581 kom Høyesterett frem til at selv det å ta en avgjørelse om berømmelse av hovedforhandling og deltakelse i saksforberedelser ikke kan foretas av en inhabil dommer.

³⁰ Torgersen (2004) s. 39

³¹ Torgersen (2004) s. 39

³² Torgersen (2004) s. 45

³³ Bøhn (2000) s. 258

Det skilles gjerne mellom dommerens dømmende og forvaltningsmessige virksomhet. Det legges til grunn i teorien at forvaltningsmessig virksomhet faller utenfor domstollovens inhabilitetsregler.³⁴ Et eksempel på slik virksomhet er der dommeren driver med tinglysningsvirksomhet eller foretar vigsler. Inhabilitetsspørsmålet er stort sett særskilt regulert for slike tilfeller.³⁵

2.5.2 Kort om partsbegrepet

Partsbegrepet er også en gjenganger i domstolloven. Relasjonskategoriene i dl. § 106 nr. 1-7 regulerer inhabilitet på grunnlag av relasjoner til *"parten i saken"* og dl. § 111 gir *"en part"* rett til å reise inhabilitetsinnsigelse. Til forskjell fra forvaltningsloven har ikke domstolloven en egen definisjon av dette begrepet. En definisjon av partsbegrepet er derfor nødvendig for å avgjøre hvem som er part i henhold til domstollovens regler.

I kommentarutgaven til domstolloven legges det til grunn at en part, i utgangspunktet og som hovedregel, er den eller de som blir bundet av en avgjørelse.³⁶ Forvaltningslovens partsbegrep er videre enn i domstolloven. I følge fvl. § 2 første ledd bokstav e er en part for det første *"den som en avgjørelse retter seg mot"*, og for det andre *"den som saken ellers direkte gjelder."* En slik utvidelse av partsbegrepet innebærer at også andre som berøres av vedtaket omfattes av partsbegrepet i forvaltningen. I forarbeidene til forvaltningsloven uttaler departementet at det er ønskelig å ha et videre partsbegrep i forvaltningsloven enn det mer formelle i domstolsprosessen.³⁷ Av dette kan man derfor slutte at domstolloven opererer med et formelt partsbegrep.

På tross av at domstolloven opererer med et klarere og skarpere avgrenset partsbegrep enn forvaltningsloven, kan det allikevel være nødvendig å klargjøre hvem som anses for å være

³⁴ Bøhn (2000) s. 260

³⁵ Bøhn (2000) s. 261

³⁶ Bøhn (2000) s. 268

³⁷ Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 35

part i henholdsvis sivile saker og i straffesaker. Først og fremst kan både fysiske personer og juridiske personer, som for eksempel aksjeselskaper, være parter.³⁸ At også juridiske personer omfattes er helt opplagt, ettersom de er egne rettssubjekter med både rettigheter og plikter på like linje med fysiske personer. I straffesaker er tiltalte og påtalemyndigheten parter, i tillegg til fornærmede og andre som fremmer borgerlige rettskrav.³⁹ Parter i sivile saker er først og fremst klager og de klager har oppgitt som innklaget for forliksrådet, saksøker og ankende parter i sivile tvister ved tvangsfullbyrdelse, i tillegg til de som er oppgitt som saksøkte i en stevning eller som motpart i en rettsmiddelerklæring.⁴⁰ Man ser av denne definisjonen at partsbegrepet ikke favner videre enn de som faktisk deltar i rettssaken på en eller annen måte. Personer utenom som bare har en interesse i sakens utfall, eller som føler seg berørt av saken uten noen konkret tilknytning, er ikke part i domstollovens forstand.

2.5.3 Ulike relasjonskategorier

Dl. § 106 skiller mellom ni forskjellige relasjonskategorier som automatisk fører til at dommeren er inhabil, dersom han eller hun faller innenfor en av kategoriene.

Relasjonskategoriene listet opp i dl. § 106 hører derfor, som nevnt, til de absolutte inhabilitetsgrunnene. Fellestrekkene ved de ulike kategoriene er at dommeren har en nær relasjon til noen av partene i saken, enten gjennom slektskap, som innehaver av sentral posisjon i et selskaps styre eller tidligere befatning med saken. Jeg skal nedenfor redegjøre for de ulike kategoriene og vise til noen relevante eksempler fra rettspraksis underveis. Relasjonskategoriene i dl. § 106 nr. 1-7 regulerer dommerens relasjon til *partene* i saken, mens dl. § 106 nr. 8 og 9 rammer tilfeller der dommeren har hatt en eller annen relasjon til selve *saken*. Avgjørende her blir å klargjøre hva som faller innenfor og hva som faller utenfor de ulike relasjonskategoriene.

³⁸ Bøhn (2000) s. 268

³⁹ Bøhn (2000) s. 268-269

⁴⁰ Bøhn (2000) s. 268

2.5.3.1 Dl. § 106 nr. 1: Dommeren er selv part i saken m.v.

Dl. § 106 nr. 1 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) naar han selv er part i saken eller medberettiget, medforpliktet, eller regrespliktig i forhold til en part, eller naar han i en straffesak er fornærmet ved den strafbare handling."* Den første relasjonskategorien er den mest opplagte. Ingen kan være dommer i en sak der han selv er part eller er fornærmede i en straffesak. Denne kategorien byr ikke på særlige problemer. Det ville vært rart om man for eksempel skulle kunne dømme seg selv. Bestemmelsen likestiller det å være *"medberettiget, medforpliktet eller regresspliktig"* i forhold til en part. Et poeng i forhold til denne regelen er at Høyesterett i Rt. 1932 s. 83 har tolket dette slik at dommeren må være medinneholder av den omtvistede rettighet.⁴¹ Spørsmålet i saken var om en lensmann som inneholder av pantobligasjoner med prioritet etter rekvirenten i en eiendom som skulle tvangsauksjoneres, var inhabil til å forrette som namsmann ved tvangsauksjonsforretningen. Han ble ikke erklært inhabil som medberettiget i forhold til parten, fordi han ikke hadde noen andel i den obligasjonen som utgjorde tvangsgrunnlaget, altså den omtvistede rettighet.

2.5.3.2 Dl. § 106 nr. 2: Slekt- eller svogerskap med en av partene i saken m.v.

Dl. § 106 nr. 2 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) naar han er i slekt eller svogerskap i opp- eller nedstigende linje eller i sidelinjen saa nær som søskendebarn med nogen, som staar i saadant forhold til saken som nævnt under nr. 1."* Regelen oppstiller to alternative tilknytninger til en part som medfører at dommeren er inhabil: enten gjennom slektskap eller svogerskap.

At også slektskap til en av partene virker inhabiliserende er opplagt. Den nære relasjonen man har til egen slekt tilsier at dommeren i slike tilfeller bør vike sete. Som følge av bestemmelsen i adopsjonsloven (adl.) § 13 likestilles adopsjon med biologisk slektskap i dl. § 106 nr. 2. Når det gjelder den opp- eller nedstigende linjen er det ingen begrensninger,

⁴¹ Rt. 1932 s. 83 på s. 85

men til sidelinjen settes det en grense til ”søskendebarn.” Uttrykket ”søskendebarn” skal forstås slik at det dreier seg om fettere og kusiner og ikke nieser og nevøer.⁴² Når loven bruker uttrykket ”så nær som” tilsier imidlertid dette at også nieser og nevøer omfattes av regelen, da disse er i andre sidelinje i motsetning til fettere og kusiner som er i fjerde sidelinje.⁴³ Regelen innebærer derfor at man er inhabil i forhold til slektninger i fireledds avstand eller mindre i en av sidelinjene.⁴⁴ Utenfor regelen faller derfor for eksempel barn av søskens barnebarn. Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1958 s. 220. Høyesterett kom frem til at en voldgiftsdom måtte oppheves, fordi dommeren hadde vært inhabil. Det ble slått fast at slektskapsforholdet nevø-onkel rammes av dl. § 106 nr. 2.

Det andre alternativet er tilknytning gjennom svogerskap. Det er når dommeren er gift med en person som er i slekt med parten at man snakker om svogerskap i lovens forstand.⁴⁵ I denne forbindelse kan det oppstå spørsmål om man kan være svogere med grunnlag i samboerskap. Det er ikke uvanlig i dag at man bor sammen uten å være gift, og hensynene bak inhabilitetsreglene kan tale for at også samboere bør omfattes av regelen. Svogerskap oppstår imidlertid kun på grunnlag av formelt ekteskap eller registrert partnerskap i lovens forstand.⁴⁶

2.5.3.3 Dl. § 106 nr. 3: Ektefeller, forlovet, fosterfamilie

Dl. § 106 nr. 3 lyder: *”Ingen kan være dommer (...) naar han er eller har været gift med eller er forlovet med eller er fosterfar, fostermor eller fosterbarn til nogen, som staar i saadant forhold til saken som nævnt under nr. 1.”* Også denne bestemmelsen oppstiller alternative tilknytningsformer til en part som medfører at dommeren er inhabil. De ulike

⁴² Bøhn (2000) s. 271

⁴³ Bøhn (2000) s. 271-272

⁴⁴ Bøhn (2000) s. 272

⁴⁵ Bøhn (2000) s. 272

⁴⁶ Bøhn (2000) s. 273

tilknytningsforholdene etter denne regelen kan være gjennom ekteskap, forlovelse eller fosterfamilie.

Tilknytning gjennom ekteskap rammer, i følge ordlyden, både det at man *er* og *har vært* gift med en part. Her kan det også oppstå spørsmål om samboerskap omfattes av regelen. Selv om man ikke er formelt gift, er det i realiteten ikke nødvendigvis noen forskjell på ekteskap og samboerskap. Det legges til grunn i teori og rettspraksis at lovgrunnen bak dl. § 106 første ledd nr. 3 og det at samboerskapet er langvarig kan tale for at også samboere omfattes av regelen.⁴⁷ I Rt. 1996 s. 520 ble to høyesterettsdommere erklært inhabile til å delta i plenumssak om ekspropriasjonserstatning der staten var part. Dommer Coward ble erklært inhabil med hjemmel i dl. § 106 nr. 7 fordi hun var samboer med regjeringsadvokaten. Høyesterett la vekt på at det i dette tilfellet var snakk om et langvarig samboerforhold.

Bestemmelsen rammer, etter sin ordlyd, det at man *er* forlovet med en part i saken. I den forbindelse kan det for det første derfor stilles spørsmål om når man anses for å være forlovet. En forlovelse innebærer ingen formaliteter på lik linje med ekteskap. Jeg antar at det derfor bør stilles et krav til at man går med planer om å gifte seg med en part. Videre kan man stille spørsmål om bestemmelsen rammer det at man *har vært* forlovet med en part. I følge forarbeidene er det ikke meningen at bestemmelsen skal omfatte tidligere forlovelse, fordi det ikke er tilstrekkelig grunn til det.⁴⁸

Det siste alternativet er at man er fosterforelder eller fosterbarn til en part i saken. Det legges til grunn i teorien at bestemmelsen rammer fosterforeldre og barn i fosterhjem, og antakeligvis også andre tilfeller der barn bor sammen med og forsørges av voksne som ikke er deres foreldre.⁴⁹

⁴⁷ Bøhn (2000) s. 274 og Rt. 1996 s. 520

⁴⁸ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 58

⁴⁹ Bøhn (2000) s. 274

2.5.3.4 Dl. § 106 nr. 4: Verger

Dl. § 106 nr. 4 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) når han er verge eller hjelpeverge for noen, som står i slikt forhold til saken som nevnt under nr. 1, eller har vært verge eller hjelpeverge for en part, etter at saken begynte."* Bestemmelsen oppstiller to alternative inhabilitetsgrunner: enten fordi en dommer er verge eller hjelpeverge for en part eller *"har vært"* verge eller hjelpeverge for en part *"etter at saken begynte."* Lovgrunnen for at også dommere som har vært verge etter sakens begynnelse er tatt med som absolutt inhabilitetsgrunn, er at disse stort sett har hatt innflytelse på sakens gang.⁵⁰ Det at dommeren tidligere har vært verge for en part, altså før saken begynte, rammes ikke av ordlyden. Jeg antar at når lovgiver har spesifisert at regelen rammer tilfeller der dommeren har vært verge for en part *"etter at saken begynte,"* er det med hensikt at dommere som har vært verge for en part før saken begynte faller utenfor dl. § 106 nr. 4.

Av betydning ved tolkningen av denne bestemmelsen er å avgjøre når saken begynner. Er det allerede når tvisten oppstår, når saken bringes inn for retten eller på et annet tidspunkt? Det er ingen uttalelser i forarbeidene om dette. I kommentarutgaven er begrepet *"sak"* klargjort i forhold til dl. § 106 nr. 6. Bestemmelsen her rammer de tilfellene der dommeren har handlet i saken for en part, påtalemyndigheten eller fornærmede. Begrepet *"sak"* har i forhold til dl. § 106 nr. 6 en vid betydning, fordi man kan sies å handle i saken for påtalemyndigheten allerede på etterforskningsstadiet.⁵¹ Som følge av mangel på klare holdepunkter, antar jeg at saken begynner først når den bringes inn for Forliksrådet eller domstolene i forhold til dl. § 106 nr. 4. Man har da en klar frist å forholde seg til.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 58

⁵¹ Bøhn (2000) s. 277

2.5.3.5 Dl. § 106 nr. 5: Representant for en juridisk person

Dl. § 106 nr. 5 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) når han styrer eller er medlem eller varamedlem av styret for et selskap, et samvirkeforetak, en forening, sparebank, stiftelse eller offentlig innretning eller ordfører eller varaordfører i en kommune eller fylkeskommune som står i et slikt forhold til saken som nevnt under nr. 1, eller når han styrer eller er medlem eller varamedlem av styret for et bo som står i et slikt forhold til saken, og det ikke er tingretten selv som styrer boet."* Dommeren blir inhabil i følge denne regelen, dersom han er lovlig stedfortreder eller annen representant for en juridisk person som er part i saken.

Bestemmelsen rammer den som *"styrer"* et selskap m.v. og den som er medlem eller varamedlem av styret i et selskap m.v. Det kan derfor være nødvendig å avklare hva det innebærer å *"styre"*, herunder om det er det formelle eller det reelle som er avgjørende. Styret tar seg av forvaltningen av selskapet, og styremedlemmene har derfor en interesse i sakens utfall. I følge forarbeidene kreves det at dommeren deltar i eller utøver den øverste ledelse i selskapet, underordnede funksjonærer med begrenset kompetanse rammes ikke av bestemmelsen.⁵² Det å være ansatt eller å være aksjeeier i et selskap er derfor ikke nok til å bli inhabil etter dl. § 106. Imidlertid dersom dommeren eier aksjemajoriteten i selskapet, kan man muligens legge til grunn at han i realiteten *"styrer"* selskapet, og at gode grunner taler for at han derfor bør anses inhabil.

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 2000 s. 251. Her var problemstillingen om dommeren var inhabil med hjemmel i dl. § 106 nr. 5 fordi han for noen år siden hadde vært formann i representantskapet i et livsforsikringsselskap i samme konsern som et skadeforsikringsselskap som var hjelpeintervient i den foreliggende sak. Høyesterett kom til dommeren ikke var inhabil etter dl. § 106 nr. 5. Begrunnelsen var at bestemmelsen ikke

⁵² Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 58

rammer formenn av representantskap, at vervet var opphørt og at vervet var knyttet til et annet selskap enn det som var hjelpeintervient i saken.⁵³

Regelen gjelder også der dommeren styrer eller er styremedlem eller varamedlem for et bo som er part i saken. Det er imidlertid gjort unntak for de tilfellene hvor tingretten selv styrer boet. Jeg antar at unntaket er begrunnet med at det ville være lite praktisk om alle dommerne i tingretten skulle være inhabile i saker der tingretten selv styrer boet som er part i saken.

2.5.3.6 DL § 106 nr. 6 og 7: Dommeren har handlet i saken for en part, for påtalemyndigheten eller fornærmede eller er i slektskap m.v. med noen som handler i saken for en part, påtalemyndigheten eller fornærmede

DL § 106 nr. 6 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) naar han har handlet i saken for en part, eller for paatalemyndigheten eller den fornærmede."* Etter denne regelen blir en dommer inhabil dersom han tidligere har handlet i saken for en part eller for påtalemyndigheten eller fornærmede i straffesaker. Inhabiliteten rammer foruten tidligere prosessfullmektiger, blant annet tidligere bistandsadvokater, aktorer og deltakere i etterforskningen for påtalemyndigheten.⁵⁴

Høyesterett legger til grunn at det må dreie seg om samme sak, jfr. Rt. 1989 s. 478. I denne avgjørelsen mente den ankende part at dommeren, som tidligere hadde vært prosessfullmektig for motparten i en annen sak mot den ankende part, var inhabil. Høyesteretts kjæremålsutvalg avviste dette med den begrunnelse at det her var snakk om en helt annen sak.⁵⁵ Det ble imidlertid i denne avgjørelsen i tillegg lagt vekt på at det var gått lang tid og at dommeren ikke kunne huske den tidligere saken.

⁵³ Rt. 2000 s. 251 på s. 252

⁵⁴ Bøhn (2000) s. 277

⁵⁵ Rt. 1989 s. 478 på s. 479

I følge kommentarutgaven presiseres det at i dl. § 106 nr. 6 omfatter uttrykket ”sak” også saksforholdet før det bringes inn som en sak for retten, noe som innebærer at for eksempel deltakelse i etterforskningen av straffesaker kan føre til inhabilitet.⁵⁶ Denne forståelsen er ikke tvilsom i forhold til straffesaker. I forhold til sivile saker er det usikkert om uttrykket ”sak” kan tolkes på samme måte.⁵⁷ Her er det ikke nødvendigvis den samme nærheten til selve rettssaken. En slik forståelse ble avvist i Rt. 1953 s. 382. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var om dommeren var inhabil fordi han hadde oppnevnt setteverge for part i en husleietvist, og kom frem til at dommeren ikke var inhabil på grunn av dette.

Dl. § 106 nr. 7 lyder: *”Ingen kan være dommer (...) naar han er i slekt eller svogerskap i op- eller nedstigende linje eller sidelinjen så nær som søskende eller gift med eller forlovet med nogen, som handler i saken for en part eller for paa telmyndigeten eller den fornærmede.”* Dommeren blir også inhabil dersom han er i slekt- eller svogerskap med eller gift eller forlovet med noen som handler i saken for en part, påtalemyndigheten eller fornærmede. Aktøren kan handle i saken for eksempel som prosessfullmektig, aktor eller deltaker i etterforskningen. I sidelinjen settes det en grense til ”så nær som” søsken, noe som innebærer at dommeren ikke blir inhabil dersom avstanden er større enn to ledd. Søskenes barn og barnebarn faller for eksempel utenfor.

Forskjellen fra dl. § 106 nr. 6 er at det i følge ordlyden i nr. 7 stilles krav til at aktøren ”handler” i saken. Det blir lagt til grunn i rettspraksis at lovgiver med hensikt har ment at denne regelen bare rammer tilfeller der aktøren ”handler i saken”, og ikke tilfeller der aktøren *tidligere* har handlet i saken.⁵⁸ Som eksempel på et tilfelle som rammes av dl. § 106 nr. 7 er Rt. 2007 s. 1869. I saken ble en konstituert lagdommer erklært inhabil fordi hun var søster til han som var ansvarlig for etterforskningen i saken mot tiltalte.

⁵⁶ Bøhn (2000) s. 277

⁵⁷ Bøhn (2000) s. 278

⁵⁸ Rt. 2008 s. 129 avsnitt 27, Rt. 1933 s. 424, Rt. 1995 s. 1867

I følge rettspraksis anses Regjeringsadvokaten for å handle i saken for staten, selv om han ikke opptrer personlig.⁵⁹ Dersom dommeren står i et tilknytningsforhold som fremgår av dl. 106 nr. 7 til Regjeringsadvokaten kan det derfor oppstå spørsmål om inhabilitet. Problemstillingen var oppe blant annet i forbindelse med ”tomtefestesakene” inntatt i Rt. 2007 s. 705. Da det i en forestående plenumssak skulle vurderes om enkelte bestemmelser i den nye tomtefesteloven var i strid med grl. §§ 97 og 105, ble så mange som elleve dommere kjent inhabile til å delta i avgjørelsen. Tre av dommerne ble erklært inhabile med hjemmel i dl. § 106.

Retten legger her til grunn en analogisk anvendelse av dl. § 106 nr. 7. Dommer Bruzelius var inhabil fordi hun var gift med ekspedisjonssjefen i Justisdepartementets lovavdeling, og dommer Coward var inhabil fordi hun var gift med regjeringsadvokaten som møtte som statens prosessfullmektig i saken. Sakens parter var representanter for festere og bortfestere, men staten v/Justisdepartementet møtte i saken etter dl. § 5. Selv om staten ikke var part i saken, hadde den en klar interesse i å argumentere for at det ikke var grunnlovstridig å anvende de aktuelle bestemmelsene i tomtefesteloven.⁶⁰ Med dette har Høyesterett åpnet for at dl. § 106 nr. 7 i enkelte tilfeller kan gis en analogisk anvendelse.

2.5.3.7 Dl. § 106 nr. 8: Tidligere befatning med saken som voldgiftsdommer eller som dommer i lavere rett

Dl. § 106 nr. 8 lyder: *”Ingen kan være dommer (...) når han tidligere har hatt med saken å gjøre som voldgiftsdommer eller i lavere rett som dommer (...).”* Dommeren blir inhabil dersom han har hatt befatning med saken, enten som voldgiftsdommer eller som dommer i lavere rett. Det sies at regelen gir uttrykk for et prinsipp om atskilte instanser, som innebærer at en og samme dommer ikke skal ha innflytelse på en sak i mer enn én instans.⁶¹

⁵⁹ Rt. 1996 s. 520 s. 521

⁶⁰ Rt. 2007 s. 705 avsnitt 14-15

⁶¹ Bøhn (2000) s. 283

I følge ordlyden faller tidligere befatning med saken i samme domstol og i domstol på samme eller høyere nivå utenfor regelens anvendelsesområde.

I Rt. 1996 s. 389 gir Høyesterett en tolkning av innholdet i dl. § 106 første ledd nr. 8. Uttrykket *"hatt med saken å gjøre"* forstås slik at den ikke bare rammer de tilfeller der dommeren har deltatt i selve pådømmelsen, men også der dommeren har foretatt enkeltstående rettergangshandlinger, som for eksempel ved å avsi kjennelse under saksforberedelsen. Dommeren blir også inhabil dersom han tidligere har hatt med den forvaltningsmessige delen av saken i underinstansen.⁶²

2.5.3.8 Dl. § 106 nr. 9: Slekt- eller svogerskap eller gift eller forlovet med noen som har vært dommer i saken i lavere rett.

Dl. § 106 nr. 9 lyder: *"Ingen kan være dommer (...) naar han er i slekt eller svogerskap i op- eller nedstigende linje eller i sidelinjen saa nær som søskende eller gift med eller forlovet med nogen, som har været dommer i saken i lavere ret."* Etter denne regelen blir dommeren inhabil dersom han er i slekt- eller svogerskap eller gift eller forlovet med noen som har vært dommer i saken i lavere rett. Som eksempel kan nevnes at en lagmannsrettsdommer er moren til en dommer i tingretten som har truffet avgjørelse i saken. Slektskapsforholdet er innsnevret i forhold til dl. § 106 nr. 2. I sidelinjen settes det en grense til søsken. Søskenes barn faller dermed utenfor regelen.

Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 2000 s. 669. I denne avgjørelsen ble dommer Holmøy erklært inhabil, fordi hans kone hadde vært med på å pådømme saken i Borgarting lagmannsrett. Høyesterett legger også til grunn at bestemmelsen skal forstås slik at det ikke er noe krav at dommeren man har tilknytning til må ha deltatt i selve pådømmelsen i saken.⁶³

⁶² Bøhn (2000) s. 282

⁶³ Rt. 2000 s. 389 på s. 390

2.6 Domstolloven § 108

I forhold til dl. § 106 er ikke dl. § 108 like ”skarp i kantene”, men som nevnt i avsnitt 2.4.2 er det behov for en slik generell regel. Dl. § 108 kan fange opp de inhabilitetsgrunnene som det ikke er gitt absolutte regler om.

Dl. § 108 lyder som følger:

”Dommer eller lagrettemedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.”

I følge ordlyden oppstiller dl. § 108 to vilkår. Det må for det første foreligge en ”særegen omstendighet” og hvis det er tilfellet, må det vurderes om denne omstendigheten er ”skikket til å svekke tilliten til hans [dommerens] uhildethet.” Vurderingen må baseres på en gjennomgang av ulike typetilfeller som fremgår av rettspraksis. Det sies imidlertid at ”uttrykket ”særegne omstendigheter” er en rettslig standard, og gir en anvisning på en vurdering som skal skje etter en målestokk utenfor loven selv, og som således kan endre seg med tiden.”⁶⁴ Dette innebærer, på tross av at ordlyden fortsatt er den samme, at omstendigheter som førte til inhabilitet før i tiden, ikke nødvendigvis er de samme som i dag. Endringer i samfunnsforholdene kan derfor påvirke bestemmelsens innhold.

2.6.1 ”Særegne omstendigheter skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”

Regelens formulering tilsier at det må dreie seg om noe spesielt, i motsetning til noe vanlig eller alminnelig. Selv om ordlyden ikke gir noen holdepunkter for *hvilke* omstendigheter som fører til inhabilitet etter dl. § 108, gir den en indikasjon på hvor strengt man skal tolke de to vilkårene. Uttrykket ”særegne omstendigheter” tilsier at listen skal legges høyt for å

⁶⁴ Torgersen (2004) s. 26

konstatere inhabilitet etter denne regelen. En slik tolkning støttes opp i teorien. Skoghøy tolker vilkåret slik at *”det må foreligge et forhold som ikke gjelder folk flest eller større lag av befolkningen.”*⁶⁵ Dersom tilknytningsforholdet er noe som svært mange personer har, medfører dette ikke inhabilitet. En stor andel av befolkningen har for eksempel barn. Det ville være å gå for langt i å konstatere inhabilitet dersom alle dommere med barn måtte fratre i saker som hadde med barn å gjøre. I teorien nevnes som eksempler at det ikke fører til inhabilitet at en dommer er medlem av et politisk parti, er tilhenger av et bestemt livssyn, religion eller lignende i saker der partene har en annen oppfatning.⁶⁶ Slike forhold oppfattes som så generelle og har for liten tilknytning til den konkrete saken, at de ikke kan virke inhabiliserende.

Et eksempel fra rettspraksis, hvor Høyesterett gir uttrykk for hvordan vilkåret ”særegne omstendigheter” skal forstås er Rt. 1959 s. 697. Saken gjaldt begjæring om gjenopptakelse av landssviksak, fordi nye opplysninger skulle vise at det ikke hersket krigstilstand i Norge etter kapitulasjonen i Nord-Norge den 10. juni 1940. Den domfelte reiste inhabilitetsinnsigelse mot samtlige dommere som hadde deltatt i landssvikoppgjøret enten som dommere, lovgivere, aktorer eller lignende. Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet inhabilitetsinnsigelsen. Kjæremålsutvalget uttaler at:

*”Man har her å gjøre med en innsigelse som er helt generell for så vidt som den er rettet mot alle jurister som tidligere, i en hvilken som helst egenskap, har hatt befatning med landssvikoppgjøret. Innsigelsen vil omfatte samtlige Høyesteretts dommere og de fleste embetsdommere i landet. Innsigelsen er bare begrunnet med at dommerne tidligere har hatt befatning med landssviksaker; det er ikke påpekt eller antydnet bestemte forhold eller handlinger som skulle begrunne ugildheten for de enkeltes vedkommende.”*⁶⁷

⁶⁵ Skoghøy (2001) s. 104

⁶⁶ Skoghøy (2001) s. 104

⁶⁷ Rt. 1959 s. 697 på s. 700

I tillegg til at det må foreligge en særegen omstendighet, må omstendigheten være *"skikket til å svekke tilliten til hans [dommerens] uhildethet."* Vilkåret innebærer at det avgjørende er om omstendigheten er egnet til å skape tvil om dommerens upartiskhet hos partene og samfunnet.⁶⁸ Det skal altså legges en objektiv vurdering til grunn.⁶⁹ Dette er i tråd med de hensynene inhabilitetsreglene er ment å ivareta, da det ikke er nødvendig å påvise at dommeren faktisk ikke er saklig og objektiv. EMD skiller mellom en subjektiv og en objektiv vurdering i inhabilitetsvurderingen etter EMK art. 6 nr. 1.⁷⁰ I følge praksis fra EMD de siste årene har EMD lagt stor vekt på den objektive vurderingen.⁷¹

2.6.2 Vurderingstema

Det som skal vurderes ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet etter dl. § 108 er om det foreligger en slik *"særegen omstendighet som er skikket til å svekke tilliten til hans [dommerens] uhildethet."* Det er dette som er lovens vurderingstema. Ordet *"uhildethet"* betyr upartiskhet eller objektivitet. *"Skikket til"* innebærer i følge en naturlig språklig forståelse at den særegne omstendigheten må være *egnet* til å svekke tilliten dommerens upartiskhet. Som følge av inhabilitetsreglenes objektive side, er det både partenes og samfunnets tillit til dommerens upartiskhet som må svekkes.

Vurderingstemaet er av skjønnsmessig karakter, og ordlyden i dl. § 108 gir få retningslinjer for hva en skal legge vekt på i vurderingen.

⁶⁸ Bøhn (2000) s. 288

⁶⁹ Eks. Rt. 2003 s. 1588 avsnitt 8

⁷⁰ De Cubber v. Belgium avsnitt 26

⁷¹ Hauschildt v. Denmark avsnitt 46-48, Ekeberg and others v. Norway avsnitt 31-33 og Ferantelli and Santangelo v. Italy avsnitt nr. 56-58

2.6.3 Momenter Høyesterett typisk legger vekt på i inhabilitetsvurderingen

Et vurderingstema av så skjønnsmessig karakter, krever noen retningslinjer i form av momenter som kan være til hjelp når inhabilitetsspørsmålet skal avgjøres etter dl. § 108. I følge fvl. § 6 annet ledd skal det legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære *”særlig fordel, tap eller ulempe for han selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til.”* Mye tyder på at Høyesterett i sin praksis vektlegger disse momentene også ved anvendelsen av dl. § 108. Dette harmonerer også godt med hensynene bak inhabilitetsreglene.

I følge dl. § 108 annet punktum skal det *”legges vekt på”* at en part har reist inhabilitetsinnsigelse. At en av partene krever at dommeren skal vike sete i saken er imidlertid ikke i seg selv nok til å konstatere inhabilitet. En inhabilitetsinnsigelse er kun ett av momentene i vurderingen. Når lovgiver har valgt å nevne dette uttrykkelig, kan man tolke det slik at en inhabilitetsinnsigelse fra en av partene skal tillegges stor vekt. I forarbeidene til domstolloven blir det også presisert at det skal tas hensyn til partenes begjæring etter dl. § 108.⁷² Denne tolkningen har i tillegg blitt fulgt opp i rettspraksis. Som eksempel kan nevnes Rt. 2008 s. 1451 og Rt. 1994 s. 1281, der det avgjørende moment i vurderingen ble at partene uttrykkelig hadde krevd at dommeren skulle vike sete.⁷³ Mye tyder på at der det er tvil, kan en inhabilitetsinnsigelse være et avgjørende moment.

I forarbeidene til domstolloven ble det fra flere hold foreslått at det skulle legges vekt på dommerens eget ønske om å fratre. Departementet mente imidlertid at det ville være betenkelig å legge *vesentlig* vekt på dette. Begrunnelsen var at dommeren, som regel, selv vil delta i avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet.⁷⁴ Dommerens eget ønske om å fratre ble ikke tatt inn som moment i lovteksten, men man kan tolke uttalelsene i forarbeidene slik at momentet kan være av betydning, men har begrenset vekt, jf. ordet *”vesentlig.”*

⁷² Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 59

⁷³ Rt. 2008 s. 1451 avsnitt nr. 20

⁷⁴ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 59

Hvilke andre momenter Høyesterett legger vekt på i inhabilitetsvurderingen kommer jeg inn på underveis i den kasuistiske delen.

2.6.4 Kasuistikk

Jeg skal i det følgende gi en kasuistisk fremstilling med eksempler fra rettspraksis på noen kategorier av særegne omstendigheter. I den forbindelse vil jeg forsøke å finne frem til hvilke momenter Høyesterett legger vekt på i vurderingen. Jeg skal også forsøke å si noe om hvor terskelen for å konstatere inhabilitet legges, og om man kan se tendenser til at terskelen legges lavere i straffesaker enn i sivile saker. Ettersom begrepet "*særegne omstendigheter*" er en rettslig standard, vil ikke denne fremstillingen være uttømmende. Et hovedskille går, også etter dl. § 108, mellom tilfeller der dommeren har en relasjon til *saken* og der dommeren har en relasjon til noen av *partene* i saken.

2.6.4.1 Dommeren selv eller noen han står nær har interesse i sakens utfall

Denne kategorien omfatter muligens den mest opplagte tilknytningen, derfor velger jeg å behandle den først. At dommeren selv eller noen han står nær har interesse i sakens utfall kan sies å være selve kjernen i det som rammes av inhabilitetsreglene.⁷⁵ Det vil virke lite tillitsvekkende at dommeren skal delta i slike avgjørelser. Ikke enhver interesse fører til inhabilitet. Høyesterett har for eksempel i Rt. 1974 s. 1153 oppstilt den begrensning at det må dreie seg om noe mer enn en teoretisk mulighet for og bli berørt av sakens utfall.⁷⁶

Interessen kan være av økonomisk art, slik tilfellet var i Rt. 1996 s. 520. I denne saken ble en dommer kjent inhabil til å delta i en plenumssak om ekspropriasjonserstatning der staten var part, fordi hans familie hadde partsinteresser i en annen verserende sak med tilsvarende problemstilling. Det ble her lagt til grunn at den avgjørelse Høyesterett ville komme til i

⁷⁵ Torgersen (2004) s. 67

⁷⁶ Rt. 1974 s. 1153

plenumssaken, ville være av betydning for utfallet av ankesaken der dommerens familie var ankemotpart. Den økonomiske interessen lå her i ekspropriasjonserstatningens størrelse.

Videre kan interessen være av personlig art, slik tilfellet var i Rt. 1997 s. 1758. En mann ble i Oslo byrett dømt for brudd på Straffeloven av 22. mai Nr. 10 1902 (strl.) § 135a fordi han hadde kommet med rasediskriminerende utsagn. Under ankesaken om rekkevidden av strl. § 135a ble det reist spørsmål om inhabilitet etter dl. § 108 for fire av høyesterettsdommerne. Bakgrunnen var at disse dommerne hadde en eller annen tilknytning til utlendinger eller fargede. Dommerne ble i denne saken ikke erklært inhabile. Høyesterett kom til at det ikke kan forbeholdes dommere uten tilknytning til utlendinger eller fargede å treffe avgjørelser i saker der tiltale er reist etter strl. § 135a. Jeg forstår Høyesterett slik at de ikke anså slik tilknytning for å være en særegen omstendighet.

Det til nå mest kjente eksempelet innenfor denne kategorien er den tidligere nevnte kjennelsen i forbindelse med ”tomtefestesakene” i Rt. 2007 s. 705. Flesteparten av dommerne i Høyesterett ble kjent inhabile med hjemmel i dl. § 108. For seks av dommerne var det spørsmål om inhabilitet på grunn av egne eller nærstående tilknytning til festeforhold. Høyesterett legger til grunn at utgangspunktet er *”hvilken konkret og aktuell betydning Høyesteretts standpunkt i de tre sakene kan få for de aktuelle festeforholdene.”*⁷⁷ Her kan man trekke paralleller til momentene i fvl. § 6 annet ledd hvor det, som nevnt, blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for han selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Som et moment i vurderingen viser Høyesterett til Bankdemokratiseringssaken fra 1979 der det ble lagt til grunn at den økonomiske interessen i sakens utfall må være av et visst omfang for at det skal føre til inhabilitet.⁷⁸

⁷⁷ Rt. 2007 s. 705 avsnitt 26

⁷⁸ Rt. 2007 s. 705 avsnitt 26

Det bør imidlertid kommenteres at førstvoterende uttaler at *”ved vurderingen av den enkelte dommers habilitet kan det etter min mening ikke legges vekt på at vi har minst 300.000 festeforhold i Norge slik at en betydelig andel av befolkningen - eventuelt deres nærstående eller venner og bekjente – kan berøres av de standpunkt Høyesterett inntar”*⁷⁹ At det er mange festeforhold i Norge taler nettopp for at tilknytning til festeforhold ikke kan sies å være en særegen omstendighet i dag, og at slik tilknytning av den grunn ikke skal føre til inhabilitet etter dl. § 108.

2.6.4.2 Dommeren har uttalt seg i forbindelse med saken

Dommere kan også bli inhabile etter dl. § 108 dersom de har uttalt seg i forbindelse med saken. Som dommer bør man derfor vise særlig aktsomhet i forhold til hvilke uttalelser man kommer med som kan være skikket til å svekke tilliten til dommerens upartiskhet. Tilliten kan for eksempel være svekket dersom dommeren har kommet med en uttalelse som indikerer at han allerede har tatt en avgjørelse i saken.

I følge rettspraksis, ser det ut til at det her skal legges en streng vurdering til grunn. Ikke alle uttalelser dommeren kommer med utenom det å treffe en rettslig avgjørelse vil kunne føre til inhabilitet. Det ville være å strekke anvendelsesområdet til dl. § 108 for langt. For at en dommer skal bli inhabil i slike tilfeller kreves det at dommeren har uttalt seg kategorisk slik at det er tvilsomt om han kan frigjøre seg fra uttalelsen når saken skal avgjøres, eller hvis parten på annen måte har fått grunn til å tvile på dommerens upartiskhet.⁸⁰

Som eksempel kan nevnes Rt. 1994 s. 536. Dommeren hadde kommet med uttalelser til pressen tilknyttet en konkret sak, men ble ikke erklært inhabil i dette tilfellet. Bakgrunnen for inhabilitetsinnsigelsen var at sorenskriveren i forkant av en erstatningssak og to private straffesaker hadde uttalt seg til pressen på en måte som ble oppfattet som en kritikk mot den ene parten. Det ble lagt til grunn at den ene uttalelsen knyttet seg til rent faktisk

⁷⁹ Rt. 2007 s. 705 avsnitt 27

⁸⁰ Bøhn (2000) s. 289

forhold, mens den andre uttalelsen bare konstaterte at det var et motsetningsforhold mellom partene uten at det ble sagt noe om hvem av partene som hadde skyld i dette.⁸¹ Resultatet hadde nok blitt annerledes dersom dommeren hadde uttalt seg om saken eller gitt en indikasjon på at han hadde tatt en forhåndsavgjørelse.

Et eksempel på at uttalelser fra dommeren førte til inhabilitet er Rt. 1990 s. 590. Her ble justitiarius i Oslo skifterett inhabil på grunn av uttalelser i korrespondanse med testamentsfullbyrder. Bakgrunnen for innsigelsen var at justitiarius i forkant av sak mellom to dødsboer i brev til en av partenes advokater hadde gitt uttrykk for en tolkning av testamentet uten å forhøre seg med arvingene på forhånd, selv om hun måtte forstå at arvingene ville være uenige i tolkningen. I tillegg kom hun med en skarp uttalelse om den ene advokatens standpunkter. Høyesteretts kjæremålsutvalg la i denne forbindelse vekt på at en testamentsfullbyrder inntar en stilling som ligger nær opp til en stilling som part og at korrespondansen mellom justitiarius og testamentsfullbyrder hadde ført til at forholdet mellom dem hadde tilspisset seg.⁸² Som nevnt ovenfor, kan uttalelser fra dommeren føre til inhabilitet dersom parten på annen måte har fått grunn til å tvile på dommerens upartiskhet. Når det foreligger et tilspisset forhold til den ene parten, slik som i denne avgjørelsen, kan denne parten få følelsen av at det dårlige forholdet til dommeren gjør at dommeren på grunn av dette vil dømme i favør av den andre parten.

En problemstilling i forbindelse med denne kategorien er dommeres uttalelser i teoretiske fremstillinger. Det er ikke uvanlig at dommere utgir fagbøker, artikler osv. Som hovedregel virker det ikke inhabiliserende at dommere har uttalt seg om rettsspørsmål i teoretiske fremstillinger.⁸³ Dette er ikke særegent nok. Et eksempel på at en slik uttalelse kan virke inhabiliserende er at dommeren også har utvist et sterkt rettspolitisk engasjement.⁸⁴ Et

⁸¹ Rt. 1994 s. 536 s. 539

⁸² Rt. 1990 s. 590 s. 593

⁸³ Rt. 2000 s. 38, Rt. 2003 s. 1094

⁸⁴ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 338

illustrerende eksempel som viser hvilke momenter Høyesterett legger vekt på i denne vurderingen er Rt. 2003 s. 1094. Bakgrunnen var at dommer Skoghøy hadde skrevet en artikkel om forbudet mot gjentatt straffeforfølgning etter EMK. I den forbindelse hadde han inntatt det standpunkt at en avgjørelse om å ilegge konkursskarantene etter konkursloven (kkl.) § 142 første ledd var å anse som straff etter EMK. Resultatet ble at dommer Skoghøy var inhabil etter dl. § 108 til å behandle tre straffesaker der dette spørsmålet var sentralt. Årsaken til at Skoghøy ble ansett inhabil i dette tilfellet, var at artikkelen ble skrevet på et tidspunkt hvor spørsmålet om konkursskaranteners forhold til EMK protokoll 7 artikkel 4 allerede stod for Høyesterett til avgjørelse, at artikkelen angikk et smalt område og at Skoghøys klare og forbeholdsløse standpunkter var sentrale for løsningen av sakene som skulle behandles.⁸⁵ Momentene talte for at Skoghøy allerede hadde inntatt et standpunkt i saken før den skulle behandles i Høyesterett.

2.6.4.3 Dommeren har tidligere hatt befatning med saken eller tilsvarende sak i samme instans

En dommer kan også bli inhabil etter dl. § 108 dersom han tidligere har hatt befatning med saken eller tilsvarende sak i samme domstolsinstans. Spørsmålet kommer opp der dommeren for eksempel har truffet avgjørelse om ransaking, førerkortbeslag eller varetektsfengsling og senere møter siktede igjen som tiltalt når hovedsaken skal behandles.⁸⁶ I sivile saker kan det bli spørsmål om inhabilitet dersom dommeren har truffet en midlertidig avgjørelse under saksforberedelsen, som kan gi inntrykk av at dommeren har inntatt et forhåndsstandpunkt i saken.⁸⁷ Jeg skal redegjøre for tilfellet der dommeren har truffet en avgjørelse om varetektsfengsling etter Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25 (strpl.) § 172, for å illustrere poenget her.

⁸⁵ Rt. 2003 s. 1094 avsnitt 9

⁸⁶ Fanebust *Festskrift til Per Stavang* (1998) s. 601

⁸⁷ Fanebust *Festskrift til Per Stavang* (1998) s. 610

Hovedregelen er at dommeren ikke blir inhabil i en straffesak der dommeren har besluttet varetektsfengsling i samme sak.⁸⁸ Det er imidlertid unntak fra denne hovedregelen.

Unntaket er der dommeren har truffet avgjørelse om varetektsfengsling etter strpl. § 184 annet ledd jf § 172, som forutsetter at det foreligger tilståelse eller andre forhold ”*som i særlig grad styrker mistanken.*” Bakgrunnen for dette unntaket er at dommeren i slike tilfeller har gått langt inn i de vurderinger som hører til skyldspørsmålet fordi loven stiller et krav om en meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig.⁸⁹ Man kan i så fall tro at dommeren allerede her har tatt stilling til skyldspørsmålet i forkant av straffesaken, og det kan være vanskelig å godta at dommeren i slike tilfeller vil foreta en objektiv vurdering når saken kommer opp til endelig avgjørelse.

En av problemstillingene i denne oppgaven var å undersøke om avgjørelser fra EMD har hatt betydning for praktiseringen av dl. § 108. Det er særlig på dette området man kan se tendenser til at avgjørelser fra EMD har hatt en viss betydning. I saken *Hauschildt v. Denmark* fra 1989 ble en dansk dommer kjent inhabil fordi han hele ni ganger tidligere hadde konstatert at det forelå kvalifisert mistanke. Domstolen kom frem til at dette var et brudd på kravet på behandling av en upartisk domstol etter EMK art. 6 nr. 1. Kort tid etter sendte Justisdepartementet i Norge ut et rundskriv, der de med utgangspunkt i denne avgjørelsen anførte at dommere som har truffet avgjørelse om varetektsfengsling etter strpl. § 172 bør fratre behandlingen når straffesaken kommer opp.⁹⁰

Høyesterett ser ut til å ha fulgt opp EMDs praksis på dette området de siste årene. Et eksempel er Rt. 1996 s. 261, hvor Høyesterett viser særskilt til Hauschildt-saken og rundskrivet fra Justisdepartementet. En dom i lagmannsretten ble opphevet, fordi dommeren hadde vært inhabil etter dl. § 108. Bakgrunnen var at han i samme sakskompleks hadde deltatt i forlengelsen av varetektsfengsling etter strpl. § 172.

⁸⁸ Rt. 1994 s. 1281 s. 1282

⁸⁹ Bårdsen (LoR 2000) s. 218

⁹⁰ Fanebust (1998) s. 607 som viser til rundskriv G 140/89

Førstvoterende legger til grunn at: *”i de senere år er man blitt mer oppmerksom på betenkelighetene ved at dommere som har deltatt ved varetektsfengsling på grunnlag av regler som krever slik kvalifisert grad av mistanke som § 172, også deltar ved selve pådømmelsen av saken. Slike avgjørelser på de innledende stadier av en straffesak kan oppfattes som en stillingtagen til skyldspørsmålet i straffesaken i betydelig sterkere grad enn forholdet er ved varetektsfengsling etter § 171. Dette har særlig kommet fram etter at Den europeiske menneskerettighetsdomstol avsa dom i Hauschildtsaken.”*⁹¹

Uttalelsen tyder på at praksis fra EMD har hatt betydning i hvertfall på dette området, ved at man også i norsk rett har blitt oppmerksomme på denne betenkeligheten. Høyesterett er imidlertid noe i tvil om hva som hadde blitt resultatet i Hauschildt-saken, dersom dommeren bare en gang tidligere hadde deltatt ved varetektsfengslingen etter strpl. § 172. I Hauschildt-saken hadde dommerne deltatt ved varetektsfengsling hele ni ganger, mens det i den foreliggende sak bare hadde skjedd en gang. Det ble i tillegg påpekt at den foreliggende sak var en jurysak, hvor skyldspørsmålet avgjøres av lagretten. Avgjørende i saken ble imidlertid at Høyesterett valgte å legge vekt på betydningen av klarhet med hensynet til sammensetningen av retten, og at det bør unngås at det kan reises tvil om habiliteten til de dommerne som deltar ved pådømmelsen av straffesaker. Førstvoterende la til grunn at hvorvidt strpl. § 172 var brukt en eller flere ganger skulle ikke være avgjørende. Etter som rettsformannens sentrale funksjon i jurysaker er å holde rettsbelæring for lagretten, mente Høyesterett at inhabilitet på grunn av tidligere deltakelse ved varetektsfengsling etter strpl. § 172 også skal gjelde i jurysaker.

2.6.4.4 Dommeren er på en eller annen måte tilknyttet en part m.v.

En dommer kan være tilknyttet en part på flere ulike måter. Typiske eksempler er gjennom slekt- eller svogerskap, vennskap, uvennskap eller yrke. Slik tilknytning kan føre til inhabilitet etter dl. § 108. Tilknytningen kan være direkte til noen av partene, men også til

⁹¹ Rt. 1996 s. 261 på s. 265

prosessfullmektig eller annen som representerer partene.⁹² Det er imidlertid ikke alle tilknytningsforhold som fører til inhabilitet. I følge rettspraksis stilles det krav til en viss nærhet i tilknytningsforholdet og at det er et klart uvennskap, og der tilknytningen ikke er direkte til parten, stilles det desto strengere krav til nærheten for at det skal føre til inhabilitet.⁹³ Etter som denne kategorien omfatter mange ulike tilknytningsforhold, vil jeg nøye meg med å vise til noen utvalgte eksempler.

For det første kan en dommer være tilknyttet en part gjennom slekt- eller svogerskap. De slektskapsforholdene som faller utenfor dl. § 106, kan føre til inhabilitet etter dl. § 108. Skoghøy har tolket det slik at lovgiverne må antas å ha tatt et bevisst valg når de har trukket en grense for inhabilitet på grunn av familieforhold i dl. § 106, og at dersom fjernere familieforhold skal kunne føre til inhabilitet etter dl. § 108, må det komme noe i tillegg, for eksempel at dommeren har nær personlig kontakt med den det gjelder.⁹⁴ Som et eksempel kan nevnes Rt. 1996 s. 1036. Dommeren ble i denne saken ikke kjent inhabil, selv om han og fornærmedes mor var fettere og kusiner. Da saken ble behandlet var dommeren ikke klar over slektskapet, noe som trakk i retning av at tilknytningen ikke var nær nok.

Der dommeren er tilknyttet en part gjennom vennskap kan det reises spørsmål om inhabilitet etter dl. § 108. Et eksempel er Rt. 2003 s. 578. Konstituert høyesterettsdommer Zimmer ble i denne saken ansett inhabil. Bakgrunnen var at en god venn av Zimmer hadde sittet som styreformann i det selskapet som var part i saken. Dersom selskapet tapte saken fullstendig, ville det føre til at styreformannen kunne gå glipp av et honorar på kr. 250.000. Høyesterett har imidlertid gitt uttrykk for at det stilles krav til en viss nærhet i vennskapet eller bekjentskapet for at det skal virke inhabiliserende. I Rt. 1998 s. 882 ble det reist inhabilitetsinnsigelse mot sorenskriveren som skulle behandle en straffesak. Bakgrunnen

⁹² Skoghøy (2001) s. 114

⁹³ Rt. 1998 s. 882

⁹⁴ Skoghøy (2001) s. 115

var at sorenskriveren hadde kjennskap til tiltaltes familie, blant annet fordi han i sin tid hadde gått i klasse med tiltaltes mor. Høyesterett uttalte følgende:

“Så lenge det ikke er tale om slik forbindelse gjennom slekt eller ekteskap som er nevnt i domstoloven § 106, må det normalt bestå et nokså nært vennskap eller bekjentskap før det kan bli tale om inhabilitet etter domstoloven § 108. Der disse relasjoner bare er tilstede overfor personer som selv har et nært forhold til tiltalte eller fornærmede, skal det regelmessig enda mere til før dommeren må anses å være inhabil etter denne bestemmelsen.”⁹⁵

Et annet mulig tilknytningsforhold mellom en dommer og en part, er tilknytning gjennom en yrkesmessig forbindelse. Det legges til grunn i praksis at det må noe mer til enn vanlig yrkesmessig forbindelse, for at slik tilknytning skal virke inhabiliserende. I Rt. 1989 s. 194 ble for eksempel dommeren ikke inhabil til å behandle en straffesak der politimesteren var fornærmet, selv om dommeren tidligere hadde vært statsadvokat. Bakgrunnen for inhabilitetsinnsigelsen var at tiltaltes forsvarer mente at den lokale domstolen og politimesterembetet knyttet dommeren og fornærmede så nært sammen, at det kunne reises tvil om dommerens habilitet. Kjæremålsutvalget kom til at slik vanlig yrkesmessig forbindelse, ikke gir grunnlag for inhabilitet. Også her stilles det krav til en viss nærhet i forbindelsen, særlig der dommeren har en forbindelse til en part i en straffesak.⁹⁶ I Rt. 1993 s. 646 ble dommerne ansett inhabile til å behandle en straffesak der en fast forsvarer ved domstolen var tiltalt. Dommerne hadde behandlet mange saker der tiltalte hadde møtt som forsvarer.

⁹⁵ Rt. 1998 s. 882 på s. 883-884

⁹⁶ Bøhn (2000) s. 304

2.6.4.5 Dommeren har hatt befatning med saken eller sakstypen utenfor domstolene

En dommer kan også bli inhabil etter dl. § 108 dersom han eller hun har hatt befatning med saken utenfor domstolene. Dommerens deltakelse i lovgivningsprosessen, tidligere ansettelse hos påtalemyndigheten eller gjennom verv med tilknytning til saken eller sakstypen er eksempler som faller inn under denne kategorien.⁹⁷ Problemstillingen kommer særlig opp når Høyesterett skal avgjøre rettsspørsmål knyttet til lover som dommeren har hatt befatning med tidligere, for eksempel som ansatt i Justisdepartementets lovavdeling.

Det er en klar hovedregel i norsk rett at deltakelse i lovforberedelsen ikke gjør en dommer inhabil til å avgjøre rettsspørsmål knyttet til loven.⁹⁸ At høyesterettsdommere tidligere i yrkeskarrieren har vært ansatt i Justisdepartementets lovavdeling er ikke uvanlig. For at slik tilknytning skal føre til inhabilitet, må det foreligge særlige forhold, for eksempel at det er reist tvil om lovforslagets grunnlovsmessighet.⁹⁹

Illustrerende for denne problemstillingen er kjennelsen inntatt i Rt. 2008 s. 1451 i forkant av ”ankesilingssakene.” I tre forestående storkammersaker om betingelser vedrørende strpl. § 321, om lagmannsrettens ankenektelsesordning, ble tre av elleve dommere erklært inhabile til å delta i behandlingen. Ved innføringen av to-instansordningen i straffeprosessloven kunne avgjørelse om ankenektelse treffes uten begrunnelse, og i de forestående sakene skulle det vurderes hvorvidt denne ordningen var i strid med menneskerettighetskonvensjoner. Inhabilitetsinnsigelsen mot dommer Øie gjaldt hennes tidligere befatning med lovforberedelsen i Justisdepartementet.

I forhold til dommer Øie ble det i inhabilitetsvurderingen lagt vekt på at spørsmålet om to-instansordningens forhold til menneskerettighetskonvensjoner i særlig grad var gjenstand

⁹⁷ Bøhn (2000) s. 313-314

⁹⁸ Rt. 2008 s. 1451 avsnitt 18

⁹⁹ Rt. 2008 s. 1451 avsnitt 18

for lovgivers oppmerksomhet. Norge hadde tidligere tatt et forbehold mot SP art. 14 nr. 5 om retten til å overprøve skyldspørsmålet i straffesaker. Da to-instansordningen ble innført, ble det reist spørsmål om ikke forbeholdet kunne heves. I så fall måtte ordningen med ankenektelse uten begrunnelse stå seg i forhold til kravene i SP art. 14 nr. 5. Departementet kom frem til at silings-ordningen tilfredsstilte konvensjonens krav. Høyesterett mente at dommer Øie var inhabil etter dl. § 108 fordi hun hadde vært med på å innta regjeringens standpunkt i tvilsspørsmålet om silings-ordningens forhold til SP art. 14 nr. 5. Denne omstendigheten var egnet til å skape tvil om hun ville ta en upartisk avgjørelse når sakene om ankenektelsesordningens forhold til SP art. 14 nr. 5 kom opp. Det ble lagt vekt på hennes funksjon som faglig ansvarlig for utarbeidelsen av proposisjonen. Et moment som reiste tvil om hun likevel var inhabil, var at det hadde gått langt tid siden proposisjonen ble gitt. Konklusjonen ble derfor at Høyesterett la vekt på at det var reist inhabilitetsinnsigelse.

2.6.4.6 Inhabilitet på grunn av familiemedlemmers arbeidsforhold

Det er ikke uvanlig at dommere er gift eller samboer med andre jurister, og at disse igjen får juristbarn. I noen tilfeller kan dette føre til inhabilitet etter dl. § 108. Det legges til grunn at Høyesterett anser dommerne inhabile dersom de er gift eller samboer med regjeringsadvokaten eller høyere embetsmann i departementet, dersom staten er part eller har vært involvert i saken, eller har en interesse i sakens utfall.¹⁰⁰

Et illustrerende eksempel er Rt. 2000 s. 1323. I en skadeforsikringssak begjærte Justisdepartementet å få opptre i saken etter som Høyesterett skulle ta stilling til om man kunne sette til side en norsk lovbestemmelse på grunn av motstrid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Høyesterett måtte da også avgjøre om staten hadde adgang til å opptre i saken. Det ble i den forbindelse reist spørsmål om inhabilitet for tre av dommerne. En av dommerne ble erklært inhabil fordi hun var samboer med regjeringsadvokaten. Høyesterett la vekt på det at regjeringsadvokaten var departementets øverste leder og at staten ved Justisdepartementet hadde vist en særlig interesse i saken.

¹⁰⁰ Skoghøy (LoR 6 2009) s. 332

En annen dommer ble erklært inhabil fordi hans sønn hadde en tilknytning til utarbeidelsen av EFTA-domstolens uttalelse i saken, en uttalelse som ville stå sentralt meget sentralt i den saken Høyesterett nå skulle behandle.

Den tredje dommeren ble erklært inhabil fordi hun var gift med ekspedisjonssjefen i Justisdepartementets lovavdeling. Begrunnelsen var at det var han som hadde behandlet spørsmålet om Justisdepartementets adgang til å opptre i saken, noe som tilsa at dommeren var inhabil til å avgjøre om Justisdepartementet kunne opptre i saken. Når det gjaldt den videre behandlingen av saken, la Høyesterett også her vekt på at departementets engasjement tilsa at dommeren var inhabil.

2.6.4.7 Kollegiale domstoler

Der det skal treffes en avgjørelse i fellesskap, kan det blir spørsmål om alle dommerne blir inhabile dersom én av dem er det. Selv om tilfellet kan minne litt om avledet inhabilitet etter dl. § 109, som innebærer at dommerfullmektiger blir inhabile dersom domstolens formann er inhabil, er dette blitt avvist i rettspraksis. Det rettslige utgangspunktet i denne vurderingen kommer klart til uttrykk i Rt. 1998 s. 901, der retten uttaler følgende:

”Det er imidlertid en fast etablert rettsoppfatning at de øvrige medlemmer av en kollegial domstol ikke uten videre kan anses inhabile i en sak hvor en kollega er part; det må kreves et tilknytningsforhold ut over det kollegiale.”¹⁰¹

Man kan derfor tolke det slik at det kollegiale forholdet i seg selv ikke er nok til å konstatere inhabilitet. Det kollegiale forhold vil imidlertid være et moment i vurderingen.¹⁰² Andre momenter Høyesterett legger vekt på i vurderingen er blant annet sakens art og betydning, domstolens størrelse, hvilken privat kontakt dommerne har utover

¹⁰¹ Rt. 1998 s. 901 på s. 902

¹⁰² Skoghøy (2001) s. 120

det kollegiale forholdet og om saken har vakt særlig stor interesse i media.¹⁰³ Listen er ikke uttømmende, jf formuleringen ”*blant annet*”.

Et eksempel der en slik innhabilitetsinnsigelse ble reist i forbindelse med en straffesak er Rt. 2003 s. 1588. En av dommerne i Høyesterett var selv inhabil som fornærmet i en forestående straffesak, og det ble vurdert om dette resulterte i at hans dommerkollegaer i Høyesterett var inhabile etter dl. § 108 til å behandle saken. I tillegg til momentene som fremgår blant annet av Rt. 2000 s. 1891 oppstilte Høyesterett som tilleggsmoment at det må ha betydning hva slags posisjon den berørte kollegaen har i saken og hvor følsomt det domstolen skal ta stilling til er for denne dommeren. Høyesterett kom til at dommerne ikke måtte vike sete på grunn av det kollegiale forholdet. Det ble lagt vekt på at handlingene ikke var særlig alvorlige og at Høyesterett er en stor domstol, der de kollegiale forhold i seg selv ikke fører til nære personlige relasjoner. Videre ble det også gitt uttrykk for betenkeligheten ved å erstatte alle høyesterettsdommerne med settedommere, da dette ikke nødvendigvis fører til at retten blir mer uavhengig.¹⁰⁴

2.6.5 Hvor legges terskelen?

En av problemstillingene i denne delen var å forsøke å si noe om hvor terskelen legges for å konstatere inhabilitet etter dl. § 108, og om man kan se tendenser til at terskelen legges lavere i straffesaker. Spørsmålet er om Høyesterett er på ”den sikre siden” dersom inhabilitetsspørsmålet oppstår.

Man kan ikke si at terskelen legges enten høyt eller lavt. En gjennomgang av noen avgjørelser hvor Høyesterett har vurdert inhabilitet etter dl. § 108 viser at det er mange avveininger å ta. Hvis det for eksempel foreligger et tilknytningsforhold mellom en dommer og en part, må det vurderes hvor nær tilknytningen er, og for at kollegiale forhold skal føre til inhabilitet må det blant annet legges vekt på sakens art og hvilken kontakt

¹⁰³ Rt. 2000 s. 1891 på s. 1892

¹⁰⁴ Mer om denne problemstillingen nedenfor

dommerne har utover det kollegiale. Selv om man ikke kan slutte av dette at Høyesterett legger terskelen høyt, er det imidlertid en indikasjon på at det skal en del til for at dommere skal bli inhabile etter dl. § 108 dersom inhabilitetsspørsmålet oppstår.

Avgjørelsen i forbindelse med ”tomtefestesakene” er et eksempel hvor Høyesterett gikk langt i å statuere inhabilitet. Selv dommere med perifer tilknytning til festeforhold ble erklært inhabile. En mulig årsak til at Høyesterett legger terskelen lavt i slike tilfeller, er fordi inhabilitetsinnsigelsen er begrunnet med at de selv eller noen av deres nærstående har en interesse i sakens utfall. Med tanke på at det ved inhabilitetsvurderingen etter dl. § 108 skal tas hensyn til hvordan det tar seg ut for samfunnet at dommeren deltar i den aktuelle sak, kan det hende at frykten for at dommere kan virke partiske i slike tilfeller er større enn i andre tilfeller.

Når det gjelder spørsmålet om terskelen for å statuere inhabilitet ligger lavere i straffesaker, kan man kanskje hevde at den i hvertfall *bør* gjøre det. Dersom en inhabil dommer deltar i en straffesak, kan det i verste fall få store konsekvenser for den tiltalte. I tillegg gjør kanskje hensynet til samfunnets tillit til domstolene seg særlig gjeldende i forbindelse med straffesaker. Avgjørelsen av ”Hauschildt-saken” i EMD vakte oppsikt her i landet. I etterkant av avgjørelsen ble Høyesterett oppmerksom på at man burde følge en streng linje ved praktiseringen av dl. § 108, i saker der dommeren tidligere har foretatt en kvalifisert mistankekonstatering etter strpl. § 172.¹⁰⁵ At Høyesterett generelt sett legger terskelen lavere for å konstatere inhabilitet i straffesaker enn sivile saker har jeg imidlertid ikke sett tendenser til.

2.6.6 Forholdet til forvaltningsloven § 6 annet ledd

Fvl. § 6 annet ledd er en skjønnsmessig inhabilitetsregel akkurat som dl. § 108.

Vurderingstemaet også etter denne regelen om det foreligger ”*andre særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.*” Når man tolker rettsregler kan det, som

¹⁰⁵ Rt. 1996 s. 261 på s. 266

kjent, være til hjelp å lese regelen i sammenheng med andre regler. Når domstolloven omfatter flere absolutte inhabilitetsgrunner enn forvaltningsloven, kan dette være et moment som taler for at det skal foretas en strengere vurdering etter dl. § 108 enn etter fvl. § 6 annet ledd. Lest i sammenheng taler dette for at terskelen skal legges høyere for å statuere inhabilitet etter domstolloven enn etter forvaltningsloven.

2.7 Avledet inhabilitet – dl. § 109

Dl. § 109 gir uttrykk for et prinsipp om avledet inhabilitet.¹⁰⁶ At inhabiliteten er avledet betyr at inhabilitet hos dommerfullmektigens overordnede ”smitter over” på dommerfullmektigen selv. Den overordnede kan være inhabil med hjemmel i dl. §§ 106 eller 108. Et eksempel på avledet inhabilitet er at sorenskriveren er nær venn med en av partene i en sak der dommerfullmektigen er dommer. Gode grunner taler derfor for at dommerfullmektigen i slike tilfeller bør vike sete

Bestemmelsen lyder slik:

”Er domstolens formann eller den tingrettsdommer som har tilsyn med dommerfullmektigen ugild, er også dommerfullmektigen utelukket med mindre partene samtykker i at dommerfullmektigen ikke viker sete.”

Bakgrunnen for at vi har en slik regel i norsk rett er den påvirkningsmulighet en overordnet kan ha overfor sine underordnede. Det kan tenkes at den overordnede har en eller annen interesse i saken som kan være egnet til å påvirke dommerfullmektigens avgjørelse.

¹⁰⁶ Rt. 1990 s. 1182 på s. 1183

2.7.1 Nærmere om vilkårene i dl. § 109

Bestemmelsen rammer for det første de tilfellene hvor inhabilitet hos sorenskriveren fører til at dommerfullmektigen utelukkes. Sorenskriveren er for eksempel inhabil etter dl. § 106 nr. 2 fordi han er i slekt med en av partene i saken. I slike tilfeller er det ikke dommerfullmektigen selv som er personlig inhabil, men vil allikevel være avskåret fra å gjøre tjeneste i saken som følge av avledet inhabilitet.¹⁰⁷ Et eksempel er Rt. 1935 s. 1086 der dommerfullmektigen var inhabil som dommer under en tvangsauksjon fordi sorenskriveren var inhabil med hjemmel i dl. § 106 nr. 7.

I tillegg gjelder dl. § 109 der tingrettsdommer som har tilsyn med dommerfullmektigen er inhabil. Det stilles imidlertid minimumskrav for når dommeren kan sies å ha tilsyn med dommerfullmektigen. I forarbeidene til Lov om endringer av rettergangslovgivningen m.m. nr. 97 1987 legges det til grunn at:

“For at en dommer skal anses å ha tilsyn med dommerfullmektigen, må dommeren være tillagt en viss veglednings- og kontrollfunksjon overfor dommerfullmektigen. En alminnelig adgang for dommerfullmektigen til å søke råd hos de faste dommerne som ikke skiller seg fra dommernes alminnelige adgang til å rådføre seg med hverandre, medfører ikke at dommerfullmektigen må anses underlagt samtlige faste dommere.”¹⁰⁸

En slik begrensning er nødvendig for at dommerfullmektiger skal kunne føle seg trygge på å søke råd hos de andre dommerne, uten å skulle bli i tvil om sin egen habilitet. Muligheten til å kunne be om råd hos de andre dommerne må anses som et ledd i læringsprosessen til dommerfullmektigene. Uten begrensningen ville man ha strukket prinsippet i dl. § 109 unødvendig langt, og regelen ville kunne bli oppfattet som for streng.

¹⁰⁷ Bøhn (2000) s. 320

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (1986-87)

For at dommerfullmektigen likevel ikke skal vike sete, kreves det at partene samtykker i dette. Det er i teorien stort sett enighet om at det stilles krav til et positivt samtykke, og at det derfor ikke er tilstrekkelig at partene har møtt opp til hovedforhandlingen uten å kreve at dommerfullmektigen er inhabil.¹⁰⁹ Kravet til samtykke skiller seg derfor fra regelen i dl. § 111 annet ledd, der utelukkelse ikke kan kreves dersom partene har innlatt seg i forhandling med retten når de vet at dommeren er inhabil. Jeg antar at kravene er forskjellige fordi det er lettere å få kjennskap til at dommeren selv er personlig inhabil, og at man derfor bør reagere, enn når dommerfullmektigen er inhabil som følge av avledet inhabilitet.

2.8 Fremgangsmåten ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet

Jeg skal i det følgende gi en kort redegjørelse for reglene om fremgangsmåten ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet. Reglene fremgår av dl. §§ 111-118.

2.8.1 Fremsettelse av inhabilitetsinnsigelse

Dersom en av partene, herunder deres prosessfullmektiger, mener at en eller flere av dommerne er inhabile, kan de kreve at vedkommende dommer skal utelukkes ved å reise inhabilitetsinnsigelse. Dl. § 111 inneholder både frister for når slik innsigelse må være fremsatt, når den avskjæres og krav til innsigelsens innhold.

Dl. § 111 lyder:

”En part som vil kræve, at nogen skal utelukkes, bør gjøre det, saasnart han faar vite om det forhold, som begrunder kravet.

Utelukkelse efter § 108 kan han ikke længer kræve, naar han har visst om de særegne omstændigheder, men allikevel har indlatt sig i forhandling for retten.

¹⁰⁹ Bøhn (2000) s. 322 og Skoghøy (2001) s. 126

Kravet fremsættes enten muntlig eller skriftlig og skal angi de grunde, som det støttes på.”

Tredje ledd, som angir de formelle kravene, byr ikke på særlig tolkningstvil. Det er valgfritt om kravet settes frem muntlig eller skriftlig, og det stilles krav til at man må angi inhabilitetsgrunnen. At kravet kan settes frem muntlig må forstås slik at det kan fremsettes under selve hovedforhandlingen. Da vil det være mest praktisk å gjøre det muntlig.

Formålet med dl. § 111 første ledd er å få klarlagt mulige inhabilitetsgrunner så tidlig som mulig i saken.¹¹⁰ Partene gis derfor en oppfordring til å reise innsigelse når de får vite om inhabilitetsgrunnen. I følge forarbeidene ble ordet ”maa” endret til ”bør” i dl. § 111 første ledd, med den begrunnelse at ordet ”maa” kunne tolkes slik at senere fremkommet begjæring ikke skulle tas i betraktning.¹¹¹ Det følger av ordlyden at det er den part som vil kreve at noen skal utelukkes som må komme med innsigelsen. Høyesterett har imidlertid bestemt at også den part som ikke har noe ønske om at dommeren skal vike sete, må opplyse om forhold som har betydning for inhabilitetsspørsmålet.¹¹² Begrunnelsen må her være at det vil være illojalt overfor motparten å holde tilbake slike opplysninger. I Rt. 1993 s. 1160 hadde en av de fagkyndige meddommerne en forretningsmessig forbindelse til forsikringsselskapet som var part i saken. Forsikringsselskapet hadde ikke opplyst om denne forbindelsen, og Høyesterett kom til at dommeren skulle ha veket sete.

Dl. § 111 annet ledd setter en frist for når inhabilitetsinnsigelse med grunnlag i dl. § 108 anses avskåret. Innsigelser etter dl. §§ 106, 107 og 109 avskjæres ikke, i følge ordlyden. Man kan antakeligvis tolke det slik at retten selv har oversikt over de absolutte inhabilitetsgrunnene, mens dersom partene mener at det foreligger en slik ”særegen omstendighet” etter dl. § 108 er det partene som er ansvarlige for å komme med en

¹¹⁰ Bøhn (2000) s. 325

¹¹¹ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 59

¹¹² Bøhn (2000) s. 325 og Rt. 1993 s. 1160

innsigelse. Lovgrunnen bak denne regelen, er at en part ikke skal kunne avvente utfallet av saken og deretter komme med inhabilitetsinnsigelsen.¹¹³ Uten regelen ville det ha vært mulig for en part å prøve seg med inhabilitetsinnsigelsen i etterkant dersom saken gikk i dennes disfavør.

Innsigelsen avskjæres dersom parten har visst om den særegne omstendigheten, men likevel har innlatt seg i forhandling med retten. I følge rettspraksis har man innlatt seg i forhandlinger med retten allerede ved saksforberedelsen, noe som innebærer at innsigelsen må settes frem allerede når parten blir klar over hvem som er forberedende dommer i saken.¹¹⁴

2.8.2 Hvem avgjør spørsmålet om inhabilitet?

Hvem som avgjør spørsmålet om inhabilitet reguleres i dl. §§ 116 og 117. Det skilles mellom de tilfeller der spørsmålet kommer opp under selve rettsmøtet til behandling av hovedsaken og det tilfellet der spørsmålet blir tatt opp i forkant av saken.

Dl. § 116 regulerer fremgangsmåten ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet der spørsmålet kommer opp under selve rettsmøtet. Under hovedforhandlingen blir en part oppmerksom på at en av dommerne for eksempel har hatt befatning med saken tidligere. I slike tilfeller er det den rett som er satt som avgjør spørsmålet om inhabilitet.¹¹⁵ En slik løsning er praktisk, så slipper man å tilkalle nye dommere. Det følger av regelens ordlyd at den dommer som påstås inhabil ikke kan være med på avgjørelsen dersom retten likevel er domfør. Foruten de tilfeller hvor saken kan gå for amputert lagmannsrett etter dl. § 15, vil retten bare være domfør hvis det er spørsmål om å utelukke meddommere.¹¹⁶ I følge regelens annet ledd bør en dommer heller ikke være med på å avgjøre egen inhabilitet,

¹¹³ Bøhn (2000) s. 325

¹¹⁴ Rt. 1986 s. 214

¹¹⁵ Skoghøy (2001) s. 128

¹¹⁶ Skoghøy (2001) s. 128

dersom en annen dommer i samme domstol kan tilkalles i hans sted uten vesentlig ulempe eller utgift.

Dl. § 117 regulerer fremgangsmåten ved avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet der spørsmålet kommer opp i forkant av saken. Bestemmelsen her skiller mellom tilfeller der saken skal behandles i Høyesterett og tilfeller der saken skal behandles i andre domstoler. I saker for Høyesterett, kan det settes rett til å avgjøre inhabilitetsspørsmålet på forhånd, jf. dl. § 117 første ledd. Det var for eksempel tilfellet i ”tomtefestesakene”. Der ble inhabilitetsspørsmålet avgjort før selve hovedsaken. Skoghøy mener at alternativet er at inhabilitetsspørsmålet blir avgjort i forbindelse med selve hovedsaken, jfr. ordet ”*kan*” i bestemmelsen.¹¹⁷

Der saken skal behandles i andre domstoler, finnes det flere muligheter å avgjøre inhabilitetsspørsmålet på etter dl. § 117 annet ledd. Avgjørelsen kan enten treffes av rettens leder, dersom retten har flere medlemmer, jf. dl § 117 annet ledd. Denne fremgangsmåten forutsetter at det ikke er spørsmål om å utelukke rettens leder, siden ingen dommer må være med på å avgjøre om han selv er inhabil dersom retten likevel er domfør, jf. dl. § 116. Det andre alternativet er at det kan settes alminnelig rett til å avgjøre spørsmålet på forhånd, forutsatt at det kan skje uten vesentlig ulempe eller utgift, jf. dl. § 117 annet ledd. ”Alminnelig rett” skal forstås slik at retten skal sammensettes etter de regler som gjelder for pådømmelse utenfor hovedforhandling, dvs. at avgjørelsen ikke kan treffes av saksforberedende dommer i kollegiale domstoler, men det er ikke nødvendig å tilkalle meddommere.¹¹⁸ Dersom det er spørsmål om å utelukke en enedommer eller domstolens leder eller to av domstolens faste medlemmer, kan enedommeren eller domstolens leder beslutte at saken skal forelegges den nærmest overordnede domstol, eller Høyesteretts ankeutvalg dersom saken står for lagmannsretten, jf. dl. § 117 annet ledd tredje punktum.

¹¹⁷ Skoghøy (2001) s. 129

¹¹⁸ Skoghøy (2001) s. 129

Det følger av dl. § 117 annet ledd første punktum at inhabilitetsspørsmålet ”*kan*” avgjøres på forhånd. Som et fjerde alternativ kan avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet derfor også utsettes til selve hovedforhandlingen.¹¹⁹

Avgjørelsen treffes ved kjennelse, jf. dl. § 118.

En spesiell problemstilling i forbindelse med avgjørelsen av inhabilitetsspørsmålet kom opp i kjennelsen inntatt i Rt. 2009 s. 752. Høyesterett skulle ta stilling til om dommer Skoghøy var inhabil til å avgjøre spørsmålet om inhabilitet hos dommer Coward på grunn av tidligere uttalelser om hennes habilitet.

Dommer Skoghøy hadde gitt uttrykk for sitt syn på inhabilitetsspørsmålet i en e-post og i forbindelse med et manuskript han delte ut på et seminar for nordiske høyesterettsdommere kort tid før saken kom opp. Høyesterett la enstemmig til grunn at dette ikke medførte at dommer Skoghøy var inhabil til å avgjøre spørsmålet om dommer Coward var inhabil. Avgjørelsen må derfor ha stor vekt i senere saker med samme problemstilling. Det ble lagt vekt på to hensyn. For det første at det var viktig at spørsmålet om mulig inhabilitet ble tatt opp. I den forbindelse ble det uttalt at dommer Skoghøy ikke hadde kommet til noen endelig konklusjon, men bare gitt uttrykk for en mening rundt spørsmålet. I tillegg ble det lagt til grunn at det her dreide seg om et rettsspørsmål og ikke en bevisvurdering.

Jeg vil tro at Høyesterett hadde kommet til et annet resultat dersom Skoghøy hadde kommet med en endelig konklusjon om hvorvidt han anså dommer Coward inhabil eller ikke. Da ville han på forhånd ha inntatt et standpunkt til spørsmålet, og sannsynligheten for at han ville endre på dette standpunktet ville være liten. Skoghøy fremhever selv at det er ubehagelig å stille spørsmålstegn om en kollegas inhabilitet, og dersom det skulle føre til inhabilitet ville det bidra til å beskytte kritikkverdige forhold.¹²⁰

¹¹⁹ Skoghøy (2001) s. 129

¹²⁰ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 328

2.9 Virkninger av inhabilitet

Jeg skal i dette avsnittet kort redegjøre for hva slags konsekvenser brudd på inhabilitetsreglene får, herunder betydningen av at en inhabil dommer har behandlet saken.

Dersom dommeren har behandlet saken på tross av at han er inhabil, er ikke de avgjørelsene han treffer ugyldige.¹²¹ Inhabilitet er imidlertid en saksbehandlingsfeil som medfører at retten ikke er lovlig sammensatt, jfr. strpl. § 343 annet ledd nr. 3 og Tvisteloven av 17. juni nr. 90 2005 (tvl.) § 29-21 annet ledd bokstav b. En anke over en slik saksbehandlingsfeil er en absolutt opphevelsesgrunn i følge strpl. § 385 tredje ledd jfr. § 343 annet ledd nr. 3 og tvl. § 29-23 tredje ledd jfr. § 29-21 annet ledd bokstav b. At en inhabil dommer har behandlet saken, kan også gi grunnlag for gjenåpning, jf. strpl. § 390 og tvl. § 31-3 første ledd litra a.

3 DEL III: De lege ferenda-vurdering

Som nevnt, har Høyesterett de siste årene måttet ta stilling til omfattende inhabilitetsinnsigelser. Problemstillingen i denne delen er derfor å vurdere hvor terskelen *bør* legges ved praktiseringen av dl. § 108 i ulike tilfeller. I tillegg må det vurderes hva som *bør* gjøres i tilfeller der et flertall av høyesterettsdommerne blir erklært inhabile. Særlig i saker for Høyesterett der det er påkrevet med plenumsbehandling kan det virke uheldig dersom et flertall av dommerne må fratre på grunn av inhabilitet. Jeg skal i det følgende redegjøre for debatten rundt inhabilitet i Høyesterett, som oppstod i etterkant av ”tomtefestesakene”.

¹²¹ Skoghøy (2001) s. 131

3.1 Debatten rundt inhabilitet i Høyesterett

Debatten går på den ene siden mellom de som mener at ”tomtefestesakene” er et eksempel på at dl. § 108 har fått et for vidt anvendelsesområde, og på den andre siden de som mener at inhabilitetsregelen i dl. § 108 nettopp bør fange opp de tilfellene som førte til inhabilitet i ”tomtefestesakene.” Videre drøftes alternative løsninger på inhabilitetsproblematikken i Høyesterett.

Kjennelsen inntatt i Rt. 2007 s. 705 i forbindelse med avgjørelsen av ”tomtefestesakene” er et meget spesielt og uvanlig tilfelle i norsk rett. Hele 11 av 19 dommere ble erklært inhabile til å behandle saker om grunnlovsmessigheten av enkelte regler i den nye tomtefesteloven. I følge Skoghøy er kjennelsen så unik, etter som det i løpet av Høyesteretts snart 200 års historie ikke har oppstått lignende tilfelle tidligere.¹²² Og det er ingen tvil om at denne kjennelsen er egnet til å skape debatt rundt praktiseringen av inhabilitetsreglene – noe den også gjorde. Rt. 2007 s. 705 går inn i Norges Høyesteretts historie som et eksempel på at en for streng praktisering av dl. § 108 ikke alltid oppfattes som like heldig, spesielt ikke der saken er av så prinsipiell karakter at Høyesterett skal behandle den i plenum. Tre av dommerne ble erklært inhabile med hjemmel i dl. § 106 nr. 7. Åtte dommere ble erklært inhabile etter dl. § 108. Dommer Indreberg var inhabil fordi hun hadde deltatt i lovforberedelsen av den nye tomtefesteloven i Justisdepartementet. Dommer Tønder var inhabil fordi han tidligere hadde vært ansatt hos Regjeringsadvokaten. De resterende dommerne ble erklært inhabile fordi de selv eller noen i familien hadde en tilknytning til festeforhold, og derfor hadde en økonomisk interesse i sakens utfall.

Rt. 2008 s. 1451 i forkant av ”ankesilingssakene” er nok et eksempel på en avgjørelse som fikk oppmerksomhet i media. Avgjørelsen er ikke like enestående som Rt. 2007 s. 705, men også i etterkant av avsigelsen av denne kjennelsen ble det reist spørsmål rundt

¹²² Skoghøy (2009) s. 341

praktiseringen av dl. § 108 i Høyesterett. Kjennelsen er imidlertid mindre ”dramatisk”, fordi bare tre av elleve dommere ble erklært inhabile til å delta i plenumssaken. Dommer Coward ble erklært inhabil fordi hun var samboer med regjeringsadvokaten. Dommeren Øie og Indreberg ble ansett inhabile fordi de som tidligere ansatte i Justisdepartementets lovavdeling hadde hatt befatning med lovforberedelsen.

Et av argumentene mot en for streng praktisering av inhabilitetsreglene, er at Høyesterett ikke bør gå så langt i å statuere inhabilitet for å fremme tilliten, slik at det isteden kan svekke tilliten.¹²³ Et viktig hensyn bak inhabilitetsreglene å sikre samfunnets tillit til domstolene, noe som også var et uttrykt ønske i de to nevnte sakene. Men når Høyesterett skal behandle prinsipielt viktige saker i plenum, slik som for eksempel lovers forhold til Grunnloven, virker det ikke nødvendigvis mer tillitsvekkende at et flertall av dommerne må fratre på grunn av inhabilitet. Når plenumsbehandling er påkrevet, er det fordi man ønsker en avgjørelse truffet av en mest mulig samlet Høyesterett, slik noen av prosessfullmektigene fremhevet i ”tomtefestesakene.”

Kritikken mot en for streng praktisering av dl. § 108 retter seg særlig mot at tidligere deltakelse i lovforberedelse i Justisdepartementets lovavdeling kan føre til inhabilitet. Det blir argumentert med at en slik inhabilitetsgrunn fører til at *”(...) Høyesterett gjør embetsmenn ansvarlig for regjeringens standpunkter på en måte som strider mot det prinsipielle skille i norsk styringsverk mellom embetsverket og den politiske ledelse.”*¹²⁴ Høyesterett har imidlertid de siste årene lagt til grunn at det skal foretas en objektiv vurdering etter dl. § 108. Det blir derfor fremhevet som motargument at det avgjørende er *”om det finnes omstendigheter som knytter dommeren til partene eller saken på en slik måte at det objektivt kan reises tvil om dommerens nøytralitet og upartiskhet.”*¹²⁵

¹²³ Backer (LoR nr. 10 2008)

¹²⁴ Backer (LoR nr. 10 2008) s. 577

¹²⁵ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 331

Kritikken retter seg videre mot at dommer Coward ble ansett inhabil i ”ankesilingssakene” fordi hun var samboer med regjeringsadvokaten. Det stilles spørsmålstegn ved at hun ble ansett inhabil fordi ”*ansatte hos regjeringsadvokaten har forsvart den avgjørelse som Høyesteretts kjæremålsutvalg traff i restauratørsaken, når de dommerne som faktisk traff avgjørelsen ikke ble ansett for å være inhabile.*”¹²⁶ Dette er et godt poeng, men det hevdes at også denne kritikken er uberettiget. Begrunnelsen er hovedsakelig at Regjeringsadvokatens oppgave var å ivareta den norske stats partsinteresser da restauratørsaken stod for FNs Menneskerettighetskomité.¹²⁷ Selv om det var påtalemyndigheten og ikke staten som var part i ”ankesilingssakene,” ville uttalelsene fra Menneskerettighetskomitéen stå så sentralt at hennes tilknytning til statens prosessfullmektig kunne være egnet til å skape tvil om dommer Cowards upartiskhet i saken.

Det kanskje viktigste og største argumentet i debatten mot en for streng praktisering av inhabilitetsreglene i Høyesterett er at ”*garantien mot ensidighet i Høyesterett ligger i en bred sammensetning.*”¹²⁸ I den forbindelse er ”tomtefestesakene” et godt eksempel. Sammensetningen i Høyesterett skal være slik at den på best mulig måte skal kunne se saken fra to sider, med representanter for ulike syn. Dommerne som ble erklært inhabile i ”tomtefestesakene”, hadde alle tilknytning til den ene siden i saken - festersiden. To av sakene ble avgjort enstemmig i favør av festerne av de resterende dommerne som deltok i avgjørelsen, den siste med stemmetallet 6-1.¹²⁹ Det påpekes imidlertid at dersom avgjørelsen gikk imot festerne med knapt flertall etter at dommerne med tilknytning til festersiden ble erklært inhabile, ville dette ha skapt et legitimitetsproblem.¹³⁰ En avgjørelse avsagt av Høyesterett i plenum har stor autoritet. Det er derfor forskjell på at bare syv

¹²⁶ Backer (LoR nr. 10 2008) s. 577

¹²⁷ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 333

¹²⁸ Backer (LoR nr. 10 2008) s. 578

¹²⁹ Rt. 2007 s. 1281, Rt. 2007 s. 1306 og Rt. 2007 s. 1308

¹³⁰ Backer (LoR nr. 10 2008) s. 578

dommere deltar i voteringen i en plenumssak, fremfor nitten som det egentlig skal være. Dersom under halvparten av høyesterettsdommerne deltar i plenumsavgjørelsen, er det fare for at man ikke får en autoritativ avklaring, særlig dersom retten deles omtrent på midten.¹³¹ Da kan resultatet bli en sterkere dissens enn om alle dommerne hadde deltatt i voteringen. Som et motargument blir det imidlertid gjort gjeldende at årsaken til at dommerne med tilknytning til festeforhold ble kjent inhabile i tomtefestesakene, var at den avgjørelse Høyesterett skulle ta i saken, ville påvirke den økonomiske verdien av festekontraktene betraktelig.¹³²

Enda en problemstilling i forbindelse med debatten om inhabilitet i Høyesterett er hva som bør gjøres når mange høyesterettsdommere blir erklært inhabile. Skoghøy er av den oppfatning at en lignende situasjon som forelå i ”tomtefestesakene” vil oppstå så sjelden at det ikke er behov for alternative løsninger.¹³³ Selv om Skoghøy kan ha rett i denne påstanden, er det nødvendigvis ikke noe i veien med å være føre-var dersom man igjen skulle bli stilt overfor et lignende tilfelle.

I følge dl. § 5 settes Høyesterett vanligvis i avdeling med fem dommere. I særlige tilfeller settes Høyesterett i storkammer med elleve dommere, og endelig i helt spesielle tilfeller settes Høyesterett i plenum med samtlige nitten dommere, jfr. dl. § 5 annet ledd. Det følger av grl. § 88 annet ledd at Høyesterett minimum må settes med fem dommere. Dersom det er mindre enn fem habile dommere, foretar Kongen i statsråd konstituering av dommere.¹³⁴

Det er løsningen med konstituerte dommer som har blitt kritisert. Ved vanlig konstitusjon blir dommerne utnevnt for en periode, uten at noen vet hvilke saker dommerne skal dømme i. Ved konstitusjon som erstatning for inhabile dommere, blir de konstituerte dommerne

¹³¹ Hylland (LoR nr. 2 2009) s. 117

¹³² Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 336

¹³³ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 341

¹³⁴ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 340

utnevnt av regjeringen til å dømme i en bestemt sak, noe som kan virke særlig betenkelig i saker der staten er part eller har interesser i saken.¹³⁵ Da kan det stilles spørsmålstegn ved om de konstituerte dommerne er uavhengig av den utøvende makt. Man kan i slike tilfeller få inntrykk av at regjeringen kan konstituere dommere som de mener vil dømme i statens favør.

Forslaget til en alternativ løsning på dette problemet er at lagdommere skal tre inn som settedommere i Høyesterett i en *på forhånd bestemt rekkefølge fastsatt i loven* der førstelagmennene kommer først, så andre lagmenn osv.¹³⁶ Fordelen med denne løsningen er at dommerne blir valgt ut uavhengig av en bestemt sak. Motargumentet til denne løsningen er imidlertid at dette vil innebære en uheldig sammenblanding av domstolsinstansene.¹³⁷ Videre argumenteres det for at det ved utnevnelsen av førstelagmennene ikke bare legges vekt på faglige kvalifikasjoner, men også deres lederegenskaper, noe som innebærer at det ikke alltid er førstelagmennene som er faglig sterkeste.¹³⁸

Den andre problemstillingen som drøftes, er om man bør sette det minimale antallet deltagende dommere i storkammer og plenum fra fem til elleve dommere. Dersom noen av dommerne må fratre på grunn av inhabilitet, trer settedommene slik som beskrevet ovenfor inn, inntil betingelsen om elleve dommere er oppfylt.¹³⁹ En slik løsning skal sikre at man får en mer autoritativ avklaring i viktige saker, ved at man får et større antall voterende dommere. I forarbeidene og rettspraksis er det imidlertid uttrykt at løsningen med bruk av settedommere ikke er ubetenkelig. Skepsisen blir begrunnet med at den rettspraksis som

¹³⁵ Hylland (LoR nr. 2 2009) s. 114

¹³⁶ Hylland (LoR nr. 2 2009) s. 115

¹³⁷ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 341

¹³⁸ Skoghøy (LoR nr. 6 2009) s. 341

¹³⁹ Hylland (LoR nr. 2 2009) s. 117

utvikles av en Høyesterett bestående av settedommere ikke vil ha den samme autoritet og ensartethet som Høyesteretts egne avgjørelser.¹⁴⁰

4 DEL IV: Kort oppsummering og konklusjon

4.1 Er dl. § 108 en god regel i dag?

Svaret på dette spørsmålet er ikke helt entydig. I tillegg er det av betydning i hvilken forbindelse man skal vurdere om dl. § 108 er en god regel. Lovgivningsteknisk har dl. § 108 både styrker og svakheter. For det første er det i prosessretten, som på andre rettsområder, nødvendig med en slik generell regel som gjør det mulig å fange opp alle tilfeller som det ikke lar seg gjøre å nedfelle i lovteksten. Skjønnsmessige regler som dl. § 108 bidrar til å forenkle lovverket. Imidlertid vil konsekvensen av å ha en så fleksibel regel føre til at den blir mindre forutberegnelig for rettsanvenderen. I tillegg er det en svakhet at ordlyden gir svært få retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Mangelen på momenter i vurderingen bidrar til å komplisere lovteksten.

Videre kan man vurdere regelens godhet i forhold til hvordan den praktiseres i dag. Nettopp fordi dl. § 108 er så skjønnsmessig utformet, åpner den for at terskelen for å konstatere inhabilitet kan legges svært lavt. Ovenfor redegjorde jeg for hvorvidt utviklingen mot en strengere praktisering av dl. § 108 er en heldig utvikling. Man kan kanskje hevde at Høyesterett gikk for langt i å statuere inhabilitet i ”tomtefestesakene.” Likevel finnes det årsaker til hvorfor praktiseringen bør være streng. I sin artikkel *”Hva bør gjøres når svært mange høyesterettsdommere er inhabile?”* uttrykker professor

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 31 (1970-71) s. 15-16 og Rt. 2003 s. 1588 avsnitt 14

Hylland at ”samfunnsutviklingen [kan] medføre at flere etter hvert vil stå i et slikt forhold til en sak at de kan hevdes å være inhabile.”¹⁴¹ Utstrakte kommunikasjonsmuligheter, et større kontaktnettverk blant folk og et ønske om å verne sine økonomiske interesser er eksempler på faktorer som kan bidra til denne utviklingen. Dette taler for at praktiseringen nødvendigvis må bli streng. Det er heller ingen tvil om at brudd på inhabilitetsreglene er et brudd på en viktig rettssikkerhetsgaranti i vårt samfunn, særlig også fordi det er gjort til en menneskerett å bli stilt overfor en upartisk domstol.

¹⁴¹ Hylland (LoR nr. 2 2009) s. 114

5 Litteraturliste

Litteratur:

- | | |
|------------------------------|---|
| Backer, Inge Lorange | <i>Habilitet i Høyesterett</i> (LoR nr. 10 2008) |
| Bøhn, Anders | <i>Domstoloven Kommentarutgave</i> , Oslo (2000) |
| Bårdsen, Arnfinn | <i>Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering</i> (LoR 2000) |
| Fanebust m.fl. | <i>Festskrift til Per Stavang</i> , Bergen (1998) |
| Gisle m.fl. | <i>Jusleksikon</i> , Oslo 2. utg. (2003) |
| Hov, Jo | <i>Rettergang I</i> , Oslo (2007) |
| Hylland | <i>Hva bør gjøres når svært mange høyesterettsdommere er inhabile?</i> (LoR nr. 2 2009) |
| Rui, Jon Petter | <i>Fra menneskerettighetsdomstolen</i> (TfSt 2007) |
| Skoghøy, Jens Edvin A. | <i>Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett</i> (LoR nr. 6 2009) |
| Skoghøy, Jens Edvin A. | <i>Twistemål</i> , Oslo (2001) |
| Torgersen, Ragnhild Cathrine | <i>Dommerhabilitet</i> , Oslo (2004) |

Forarbeider:

- Ot.prp. nr. 49 (1986-87)
- Ot.prp. nr. 44 (2000-2001)
- Ot.prp. nr. 31 (1970-71)
- Ot.prp. nr. 38 (1964-65)
- Ot.prp. nr. 1 (1910)

Doms- og kjennelsesregister:

Rt. 2009 s. 752
Rt. 2008 s. 1451
Rt. 2008 s. 129
Rt. 2007 s. 1869
Rt. 2007 s. 1308
Rt. 2007 s. 1306
Rt. 2007 s. 1281
Rt. 2007 s. 705
Rt. 2004 s. 1632
Rt. 2003 s. 1588
Rt. 2003 s. 1094
Rt. 2003 s. 578
Rt. 2003 s. 389
Rt. 2002 s. 1548
Rt. 2001 s. 890
Rt. 2000 s. 1891
Rt. 2000 s. 669
Rt. 2000 s. 251
Rt. 2000 s. 38
Rt. 1998 s. 986
Rt. 1998 s. 901
Rt. 1998 s. 882
Rt. 1997 s. 1987
Rt. 1997 s. 1758
Rt. 1996 s. 1036
Rt. 1996 s. 520
Rt. 1996 s. 389
Rt. 1996 s. 261

Rt. 1995 s. 1867
Rt. 1995 s. 1581
Rt. 1994 s. 1281
Rt. 1994 s. 536
Rt. 1993 s. 1160
Rt. 1993 s. 646
Rt. 1990 s. 1182
Rt. 1990 s. 590
Rt. 1989 s. 478
Rt. 1989 s. 194
Rt. 1986 s. 214
Rt. 1974 s. 1153
Rt. 1964 s. 813
Rt. 1959 s. 697
Rt. 1958 s. 220
Rt. 1953 s. 382
Rt. 1933 s. 424
Rt. 1932 s. 83

EMD:

Case of Ekeberg and others v. Norway 11106/04 2007
Case of Ferantelli and Santangelo v. Italy 19874/92 1996
Case of Hauschildt v. Denmark 10486/83 1989
Case of de Cubber v. Belgium 9186/80 1984

